



**ORDINE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI**

**IN ATTESA DELLA RIFORMA DEL CODICE DELLA CRISI: ASPETTI DI RILIEVO
NEL CONCORDATO PREVENTIVO**

Commissione Consultiva: Procedure Concorsuali - il Concordato Preventivo

**Coordinatore
Diego Rivetti**

**Delegato del Consiglio
Giacomo Ducoli**

**Componenti
Alessandra Baiocchi
Matteo Brangi
Salvatore Capatori
Cesare Frati
Barbara Lazzari
Paolo Lazzaroni
Massimo Lorusso
Stefania Olivari
Marco Passantino
Rosalia Pezzoli
Stefano Pomidossi
Federico Prignacca
Elena Anna Sportelli
Elisa Tassoni
Annarita Zola**

IN ATTESA DELLA RIFORMA

DEL CODICE DELLA CRISI:

ASPETTI DI RILIEVO NEL CONCORDATO PREVENTIVO

Sommario

Premessa	3
CAPITOLO I: I CONTRATTI PENDENTI NEL CONCORDATO PREVENTIVO	4
1.1 I contratti di leasing.....	4
1.2 I contratti di anticipazione bancaria	6
1.3 I contratti derivati.....	8
CAPITOLO II: IL TRATTAMENTO DEI CREDITI TRIBUTARI E CONTRIBUTIVI (EX “TRANSAZIONE FISCALE”).....	14
Premessa	14
2.1 I presupposti	14
2.1.1 I presupposti soggettivi.....	14
2.1.2 I presupposti oggettivi	15
2.2 Attestazione del professionista terzo ed indipendente.....	16
2.3 La procedura	17
2.3.1 La domanda di concordato preventivo ed il trattamento dei crediti tributari.....	17
2.3.2 Adempimenti dell’amministrazione finanziaria.....	17
2.3.3 Adempimenti dell’Agente della riscossione	18
2.3.4 Proposta di dilazione del pagamento.....	18
2.3.5 Il voto	18
2.3.6 Pagamento dei tributi oggetto di transazione.....	19
2.3.7 Il “diniego” dell’Agenzia delle Entrate.....	19
CAPITOLO III: LA CONSECUZIONE DI PIÙ PROCEDURE E LA PREDEDUZIONE.....	20
3.1 I principali effetti	22
CAPITOLO IV: PROCEDURE CONCORSALE, AFFITTO D’AZIENDA E TRATTAMENTO DEI DIPENDENTI	25
Premesse	25
4.1 Articolazione dei quesiti	25
4.2 Risposta per quanto concerne il concordato.....	26
4.3 La possibile deroga tramite la normalità giuslavoristica sull’accordo collettivo	27
4.4 I punti “oscuri” della normativa giuslavoristica.....	27
4.4.1 il concetto di collettività e l’individuazione dei lavoratori.....	27

4.4.2	gli interlocutori	28
4.5	L'ipotesi dell'accordo individuale e della individuale facoltà di “rinuncia”	29
4.6	Il problema dell'individuazione dei dipendenti.....	30
4.7	Il problema della violazione del diritto di precedenza e gli obblighi risarcitori in capo alla procedura 31	
4.8	Inattuabilità del metodo “Spezzatino”	32
4.9	Conclusioni.....	32
CAPITOLO V: LE PROCEDURE CONCORSUALI E GLI EFFETTI SUI RAPPORTI DI LAVORO.....		34
5.1	Fino a 1° gennaio 2016.....	34
5.2	Art. 3 L. 223 del 1991	34
5.3	La risoluzione del rapporto di lavoro.....	35
5.4	La prededucibilità	35
5.5	Il sostegno al reddito del personale	36
5.6	Le integrazioni salariali e gli organi delle procedure	36
5.7	L'affitto prima dell'accesso alla procedura concorsuale.....	36
5.8	La Riforma Fornero	37
5.9	La disciplina di cui al D. Lgs. 148/2015	37

Premessa

La disciplina del **concordato preventivo**, come noto, ha subito continue modifiche nel corso della lunga stagione delle riforme della legge fallimentare inaugurata dal d.l. 35/2005, modifiche che non si sono arrestate in concomitanza dell'introduzione del nuovo codice della crisi, che entrerà integralmente in vigore il prossimo 15 agosto.

La disciplina del concordato preventivo trova nel nuovo codice una definita collocazione e, stando al tenore letterale della prima disposizione del Capo del Codice dedicato al concordato preventivo, l'art. 84, emerge che la finalità della procedura in parola rimane la soddisfazione dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio del debitore, ribadendosi così la funzionalità della continuazione d'impresa alla miglior soddisfazione dei creditori.

In tale contesto, essendo il quadro legislativo ancora provvisorio con questo breve elaborato, sperando di fare cosa utile per i colleghi, si è cercato di mettere a fuoco alcune delle problematiche che più frequentemente si presentano in presenza di concordato, riferendo anche delle soluzioni trovate dalla giurisprudenza che va formandosi.

Queste le tematiche oggetto di approfondimento:

1. I contratti pendenti nel concordato preventivo: i contratti di leasing, l'anticipazione bancaria e i contratti derivati;
2. Il trattamento dei crediti tributari e contributivi (Ex transazione fiscale);
3. La consecuzione di due o più procedure e la prededuzione;
4. La consecuzione di due o più procedure e la prededuzione.

CAPITOLO I: I CONTRATTI PENDENTI NEL CONCORDATO PREVENTIVO

Continuando con il presente contributo si intende ora proporre una ricognizione sull’evoluzione della disciplina relativa agli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti essendo noto che la norma disciplinatrice dei “contratti pendenti” nel concordato preventivo ha subito molteplici rimaneggiamenti e revisioni.

In particolare l’attenzione è stata rivolta a tre tipologie di contratti specifici:

- a) I contratti di leasing;
- b) Contratti di anticipazione bancaria;
- c) Contratti derivati.

I contratti di leasing

Il diritto concorsuale, in relazione ai c.d. contratti pendenti, prevede regole che generano problemi di compatibilità con le ordinarie normative di matrice civilistica e pattizia relativa alle singole forme contrattuali sottostanti.

Non è immune il contratto di leasing o locazione finanziaria, contratto originariamente atipico, scaturito dalla combinazione di due distinti istituti, ovvero la vendita con patto di riservato dominio (di cui all'art. 1523 c.c.) ed il contratto di locazione (art. 1571 c.c.), successivamente riconosciuto contratto tipico con la legge sulla concorrenza e sul mercato n. 127/2017, normato in materia concorsuale dagli art. 72-*quater* l.f. per quanto concerne la procedura fallimentare e 169-*bis* e 186-*bis* comma 3 l.f. per quanto concerne la procedura concordataria.

In linea di principio generale si ricorda che la normativa concorsuale riserva un trattamento differente ai contratti pendenti in caso di fallimento, ove la regola generale è quella della sospensione ex art. 72 l.f., valida anche per il leasing ex art. 72-*quater* comma 1 l.f., e la procedura concordataria, in cui viceversa, stante l’obiettivo primario della conservazione dei fattori produttivi, la norma tendenziale è quella della prosecuzione del contratto pendente, fatta salva la possibilità ex art. 169-*bis* l.f., riservata al debitore, di richiedere al Tribunale, ovvero al Giudice Delegato nel caso sia già intervenuta l’ammissione alla procedura concordataria medesima, specifica autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento del contratto pendente.

In altre parole, si rileva che, nella procedura concordataria, dal combinato disposto degli artt. 161 comma 7, 168, 169-*bis* e 186-*bis* comma 3 l.f., si evidenzia come i rapporti preesistenti non esauriti da ambo i lati al momento del deposito del ricorso ex art. 161 l.f. continuino ad avere esecuzione e rimangano sostanzialmente estranei al concorso senza necessità di specifiche autorizzazioni giudiziali.

Per comodità si riporta di seguito il testo del vigente art. 169-*bis* l.f.:

- o Il debitore nel ricorso di cui all'articolo 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. Lo scioglimento o la sospensione del contratto hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente.

- In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato, ferma restando la prededuzione del credito conseguente ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell'articolo 161 l.f.
- Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta.
- Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma, 72-ter e 80, primo comma, l.f.
- In caso di scioglimento del contratto di locazione finanziaria, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare al debitore l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale. La somma versata al debitore a norma del periodo precedente è acquisita alla procedura. Il concedente ha diritto di far valere verso il debitore un credito determinato nella differenza tra il credito vantato alla data del deposito della domanda e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato.

Ciò che emerge chiaramente sin dalla prima lettura della norma è che il potere di sciogliere i contratti pendenti o di sospenderne l'esecuzione spetta unicamente al debitore concordatario che agisce per la tutela di interessi propri e nel pieno esercizio della propria autonomia negoziale, a evidente discapito dell'autonomia contrattuale dell'altro contraente. La ratio di tale scelta è da ricercarsi nell'obiettivo di consentire al debitore medesimo di poter predisporre un piano concordatario fattibile grazie alla possibilità da un lato di optare per lo scioglimento da contratti pendenti ritenuti non funzionali al piano concordatario medesimo e dall'altro di tradurre in moneta concordataria la prestazione non completamente adempiuta nei confronti della società di leasing mediante il riconoscimento a quest'ultima di un indennizzo di natura concorsuale soggetto quindi alla falcidia concordataria. SI ritiene doveroso inoltre rilevare che gli effetti della citata norma si manifestano esclusivamente sulle prestazioni future e non su quelle pregresse. In altre parole, lo scioglimento del contratto, autorizzato ai sensi dell'art. 169-bis l.f. non incide in nessun modo su qualsiasi pretesa vantata dal creditore (solitamente Società di leasing) ed attinente al corretto, o meno, adempimento del contratto nel periodo antecedente alla pronuncia di scioglimento, né, di conseguenza, sulla eventuale sussistenza di profili risarcitori ricollegabili ad un pregresso inadempimento contrattuale. Di fatto, ogni questione relativa alla pregressa esecuzione del contratto pendente, rimane di competenza esclusiva del giudice ordinario dinanzi al quale ciascuna delle parti può avanzare legittimamente pretese risarcitorie, ricorrendone i presupposti, a prescindere dalla successiva autorizzazione allo scioglimento ai sensi dell'art. 169-bis l.f. In tal senso al Tribunale, ovvero al Giudice Delegato, chiamato a pronunciarsi in merito alla sospensione o allo scioglimento ai sensi del citato articolo, spetta unicamente il compito di verificare la sussistenza di un rapporto di funzionalità e di coerenza tra lo scioglimento (o la sospensione) dei contratti pendenti ed il piano concordatario, avuto riguardo anche alla mera fattibilità giuridica del concordato, non conoscendone spesso, al momento del deposito dell'istanza ex art. 169-bis l.f., i contenuti. Da ultimo pare rilevante evidenziare la natura concordataria del credito scaturente dalla quantificazione dell'indennizzo ex art. 169-bis l.f.

I contratti di anticipazione bancaria

Come noto, dalla netta distinzione tra crediti anteriori e posteriori alla domanda concordataria deriva il rigido divieto di soddisfare al di fuori del concorso formale i creditori per titolo o causa anteriore: tale divieto trova a sua volta una limitazione nella disciplina della compensazione, che si applica anche al Concordato Preventivo in virtù del combinato disposto degli artt. 56¹ e 169 l.f.

Sulla base delle norme citate è possibile compensare crediti e debiti verso il fallito (o verso il debitore che ha proposto il concordato) quando la causa estintiva del debito sia fondata su fatti anteriori al fallimento (alla domanda concordataria), anche se la conclusione dell'operazione intervenga successivamente.

Il tema, che in linea teorica appare ben definito, nel caso delle cosiddette linee di credito autoliquidanti assume una complessità notevole, in ragione delle variegate forme che il rapporto tra banca e cliente assume volta per volta per raggiungere identiche finalità, cioè lo smobilizzo di un credito attraverso la destinazione del pagamento del terzo a favore della banca finanziante.

Ben lungi dall'applicare il contratto tipico (lo sconto, disciplinato dagli artt. 1858 e ss. del c.c.) gli istituti di credito si sono orientati verso forme negoziali più articolate che, pur differenziandosi tra loro per caratteristiche e modalità operative, possono essere, a grandi linee, essere ricondotte allo smobilizzo di fatture e/o ricevute bancarie senza cessione di credito ma con conferimento di un mandato in *rem propriam*² all'incasso, accompagnato, in forma più o meno esplicita, da un patto di compensazione (che consente alla banca di trattenere le somme incassate dal debitore terzo per recuperare il proprio credito per anticipazione).

Per meglio individuare le fattispecie con cui ci si imbatte è necessario tracciare una netta distinzione tra cessioni di credito e anticipazioni erogate in virtù di un mandato all'incasso.

Tale questione è importante soprattutto per le conseguenze che ne derivano nell'ambito della procedura concordataria in ordine all'applicazione della disciplina sulla compensazione che, come accennato, mediante il richiamo dell'art. 169 l.f. al precedente art. 56, si rende applicabile anche in sede di Concordato Preventivo.

Nel caso di cessione di credito non si può invocare l'applicazione della normativa sulla compensazione, dal momento che, perfezionatasi l'operazione di cessione (con estinzione del credito per anticipazione per importo pari al valore nominale del credito ceduto), il credito è ormai al di fuori del patrimonio del cedente e la banca può legittimamente incassarlo³.

Lo scenario non è quindi quello di un contratto che si conclude successivamente alla domanda concordataria ma di un'operazione ormai conclusa; va quindi in tal caso esaminato il profilo dell'opponibilità alla procedura della cessione intervenuta.

Si osservi che dal 2006 è richiesto espressamente dalla norma che le formalità per rendere opponibili gli atti ai terzi siano compiute prima della presentazione della domanda concordataria, quindi, nella specie, dev'essere

¹ **“Compensazione in sede di fallimento**

I creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento.

Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore”

² Mandato conferito (anche) nell'interesse del mandatario, nel nostro caso la banca

³ Pur permanendo il rischio di eventuali azioni revocatorie

allegata notifica ai debitori ceduti (o loro accettazione con atto di data certa) anteriore alla domanda: in mancanza di tali requisiti difetta di legittimazione ogni incasso della banca di crediti anche ceduti.

Più complessa è la trattazione delle anticipazioni assistite da mandato all'incasso e patto di compensazione.

L'art. 169 bis della legge fallimentare disciplina la sorte dei contratti pendenti nell'ambito della procedura concordataria. Tali sono definiti dal 2015 i contratti “ineseguiti o non compiutamente eseguiti⁴ alla data della presentazione del ricorso”.

Va preliminarmente sciolto il dilemma sulla possibilità di richiedere la sospensione (o lo scioglimento) di tale contratto nella fase “prenotativa” che segue la domanda ex art 161 c. 6 LF e che precede la presentazione della proposta definitiva. La tesi ormai assolutamente prevalente è che le richieste di quel tipo siano compatibili con il concordato “in bianco”, purché se ne dimostri l'utilità per la procedura.

Una delle questioni più dibattute è se l'anticipazione bancaria sia o meno un contratto pendente: sul punto la giurisprudenza è mutata nel tempo.

L'impostazione tradizionale vedeva la giurisprudenza compattamente schierata nel reputare, sulla base del cosiddetto principio di “cristallizzazione” (che traccia un solco invalicabile tra debiti anteriori e posteriori alla procedura), ormai compiutamente eseguito dalla banca il contratto di anticipazione anche in mancanza dell'incasso. Ne consegue che gli incassi della banca avvenuti in virtù del mandato successivamente alla domanda concordataria vanno restituiti e non sono compensabili con eventuali crediti per anticipazione.

Segnando in seguito una svolta rispetto al precedente indirizzo, in svariate pronunce la stessa Cassazione ha ritenuto compensabili tali posizioni, valorizzando il pactum compensationis (anche detto “clausola di annotazione ed elisione” di partite di segno opposto) contrattualmente previsto, fino a qualificare il pagamento del terzo (o meglio: l'acquisizione dello stesso da parte della banca) come atto compensativo non revocabile: a corollario di tale interpretazione, operando una assimilazione tra il dettato normativo previsto per il fallimento (l'art. 72 L.F. considera pendente il contratto ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti mentre l'art. 169 bis non riprende per intero tale formulazione, omettendo la locuzione “da entrambe le parti”) e quello relativo al Concordato Preventivo, non è stata ritenuta applicabile la disciplina dei contratti pendenti al caso delle anticipazioni già erogate, in quanto l'erogazione dell'anticipazione varrebbe a considerare ormai esaurita l'obbligazione contrattuale (principale) da parte della banca.

Le due più recenti pronunce della Suprema Corte (n. 22277 del 25.9.2017 e 10091 del 10.4.2019) appaiono tra loro confliggenti: la prima afferma che “l'obbligo di restituire al mandante la somma riscossa ... sorge ... soltanto all'atto della riscossione del credito, con la conseguenza che, qualora quest'ultima abbia avuto luogo dopo la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, non sussistono i presupposti per la compensazione”, mentre la seconda ha insistito nel ritenere operante il patto di compensazione anche dopo la presentazione della domanda di concordato preventivo.

Tutte le sentenze della Cassazione in argomento, incluse le ultime due citate, non si riferiscono però a casi sorti dopo la modifica introdotta dal 2012 che ha disciplinato i contratti in corso di esecuzione nell'ambito del concordato preventivo: anzi, a ben vedere la 10091/19 tratta addirittura di un caso diverso (incasso di titoli trattenuti a causa di un mandato), pur richiamando a scopo argomentativo la fattispecie delle anticipazioni. Le

⁴ Fino al 2015 la norma qualificava contratti pendenti quelli genericamente definiti “in corso d'esecuzione”

corti di merito chiamate a pronunciarsi su sospensione/scioglimento dei contratti di anticipazione, richiesta/o in applicazione proprio dell'art. 169 bis LF, in più di un'occasione hanno ritenuto il contratto ancora pendente (nel caso la banca non abbia ancora eseguito il mandato all'incasso), quindi come tale suscettibile di sospensione senza che possano trovare esecuzione i patti accessori al rapporto di credito bancario, quali il mandato in rem propriam e il patto di compensazione. In pratica è stato affermato che i rapporti di anticipazioni bancarie connessi ad un mandato all'incasso in rem propriam (caratterizzati dall'anticipazione di denaro da parte dell'istituto di credito e dall'obbligo della banca di incassare i relativi crediti presso terzi, per poi procedere alla compensazione delle partite contrapposte) conferito in favore della banca, non determinano il trasferimento del credito in favore del mandatario, bensì l'obbligo, da parte di quest'ultimo, di riscuotere la somma dovuta dal terzo: pertanto tali contratti devono ritenersi non compiutamente eseguiti laddove la banca non abbia ancora provveduto all'incasso, con conseguente pendenza del rapporto contrattuale e, quindi, con soggezione al disposto di cui all'art. 169-bis L.F..

Recentissima è però la prima pronuncia della Cassazione (Cass. Civ. – sez. I n. 11524 del 15/6/2020) sulla tematica in esame, che è destinata a costituire un punto di riferimento con il quale dottrina e giurisprudenza dovranno in futuro inevitabilmente confrontarsi.

La Cassazione, partendo dal presupposto che la fattispecie trattata dall'art. 169 bis LF sia identica a quella descritta dall'art. 72 LF (i contratti sono pendenti quando non abbiano avuto compiuta esecuzione da entrambe le parti al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo), statuisce, in estrema sintesi, che:

1. l'art. 169-bis si applichi solo al contratto-quadro di anticipazione bancaria contro cessione di credito o mandato all'incasso e connesso patto di compensazione, nei limiti dell'importo massimo previsto;
2. tale disciplina non vale per la singola anticipazione erogata prima dell'apertura del concordato, indipendentemente dal fatto che sia a fronte di una cessione o di mandato all'incasso con patto di compensazione;
3. in caso di anticipazione erogata prima della apertura di una qualsiasi procedura concorsuale (fallimento incluso) la banca ha diritto di trattenere il pagamento ricevuto dal terzo in corso di procedura qualora il contratto di anticipazione preveda una clausola in tal senso, in base all'istituto della c.d. compensazione impropria, che fa prevalere il vincolo negoziale sui principi, posti a base dello stesso art. 56 LF (che regola la compensazione in ambito fallimentare), della cristallizzazione del patrimonio e della par condicio.

Senza aver qui la pretesa di disquisire sulla portata di tale pronunciamento, è evidente che lo stesso sarà fonte di grandi discussioni in dottrina e in giurisprudenza, almeno fintanto che ci si troverà a fare i conti con l'attuale disciplina: va infatti segnalato che il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, nella sua ultima versione (ben nota alla S.C. che prende le mosse proprio dal testo del Codice riformato per argomentare le proprie tesi), disciplina già espressamente (art. 97 c. 14) la tematica dell'anticipazione bancaria, stabilendo che la riscossione diretta da parte del finanziatore nei confronti dei terzi debitori della parte finanziata costituisce prestazione

principale del contratto tra le parti, che pertanto si considera pendente e suscettibile di sospensione o scioglimento su istanza del debitore⁵

Operativamente va preliminarmente accertato se i contratti finalizzati a canalizzare gli incassi futuri a favore della banca siano assistiti (1) da vere e proprie cessioni di credito o (2) da mandati all'incasso.

Nel primo caso la cessione è opponibile solo se ne è documentata la notifica o l'accettazione con data certa anteriore alla domanda concordataria.

Nel secondo caso va preliminarmente accertata la data certa del mandato all'incasso e del patto di compensazione (se disciplinato con documento separato). Superato tale primo scoglio, vanno considerate le possibilità di chiedere, oltre alla revoca del contratto in toto per giusta causa⁶ (art. 1723 c. 2 c.c.), lo scioglimento o la sospensione in applicazione dell'art. 169 bis L.F. 0): per quanto la limitazione introdotta dal 2015 (che riserva tali provvedimenti ai soli casi di contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti) ne abbia ristretto lo spazio, come abbiamo visto non mancano in giurisprudenza precedenti che legittimano richieste di questo tipo, che porterebbero a evitare la compensazione, paralizzata anch'essa in qualità di patto “accessorio” che assiste il contratto di mandato. Vanno però fatti i conti anche con i principi richiamati dalla citata sentenza della Cassazione n. 11524/2020, in ordine ai quali è ineludibile una trattazione, anche volta (in ipotesi) a confutare le tesi espresse dalla SC.

I contratti derivati

Si intende fornire una disamina pratica dei contratti derivati nel concordato preventivo, per quanto la tematica sia già stata oggetto di più ampie trattazioni, e, a tal fine, si procede preliminarmente ad un sintetico compendio dei contratti in parola onde uniformare la lettura della presente.

Come noto i *Contratti Derivati* (di seguito anche derivati) sono strumenti finanziari il cui valore, come il nome stesso indica, discende dall'andamento di un'attività oggetto del contratto (di seguito anche sottostante) di natura finanziaria o reale, nota anche come "*underlying asset*" ed alla cui variazione di prezzo i derivati sono collegati.

In via generale gli strumenti finanziari derivati sono riconducibili a due macrocategorie: *simmetrici o asimmetrici*. Nel caso di derivati simmetrici entrambi i contraenti (acquirente e venditore) si impegnano ad effettuare una prestazione alla data di scadenza, viceversa, nei derivati asimmetrici, soltanto il venditore è obbligato a soddisfare la volontà del compratore. Nei derivati asimmetrici, infatti, il compratore, pagando un prezzo (premio), acquisisce il diritto di decidere in data futura se effettuare oppure no la compravendita del sottostante.

Un'ulteriore distinzione attiene

⁵ La norma di futura applicazione, che di seguito si riproduce, prevede anche una specifica trattazione della compensazione tra incassi (successivi) e anticipazioni (anteriori): “In caso di scioglimento, il finanziatore ha diritto di riscuotere e trattenere le somme corrisposte dai terzi debitori fino al rimborso integrale delle anticipazioni effettuate nel periodo compreso tra i centoventi giorni antecedenti il deposito della domanda di accesso di cui all'articolo 40 e la notificazione di cui al comma 6.”

⁶ Per il contrasto esistente con i fini della procedura concorsuale

1. i derivati negoziati in Mercati Regolamentati con caratteristiche standardizzate e definite dall’Autorità del Mercato - l’IDEM di Borsa Italiana SpA ed il SeDex, mercati sui quali vengono scambiati strumenti quali *futures, options, warrants, covered warrants e ETF* – in particolare il sottostante, la durata, il taglio minimo di negoziazione, le modalità di liquidazione; generalmente trattasi di:
 - a. Futures: contratti con impegno allo scambio di un determinato sottostante ad un prezzo prefissato e con liquidazione differita a una data futura prestabilita. Nella maggior parte dei casi la chiusura dell’operazione non si conclude con la consegna fisica del sottostante ma con una liquidazione per contanti *-cash settlement-*.
 - b. Options: contratti che attribuiscono il diritto, ma non l’obbligo, di acquisire o cedere una determinata quantità di un sottostante ad un prezzo prefissato, ad una certa data (opzione americana) o esclusivamente al raggiungimento della data stessa (opzione europea), con utilità costituita dalla differenza tra il prezzo corrente e quello d’esercizio.

2. i derivati Over-The-Counter (OTC) sono invece negoziati bilateralmente (direttamente tra le due parti) fuori dai mercati regolamentati; in questo caso i contraenti possono liberamente stabilire tutte le caratteristiche dello strumento; generalmente si tratta di:
 - a. Forward: contratto di compravendita a termine con determinazione del prezzo del sottostante concordato alla data della stipula.
 - b. Swap: contratto con il quale le parti assumono impegno reciproco a scambiarsi periodicamente delle somme di denaro calcolate applicando al medesimo capitale (nozionale) due diversi parametri riferiti a due diverse variabili di mercato, con finalità **i)** di trasformazione di un’attività o di una passività, **ii)** di copertura, **iii)** speculativa.

I derivati sono deputati ad assolvere principalmente a tre finalità:

1. azzerare o ridurre il rischio finanziario di un sottostante preesistente (finalità di copertura *-hedging-*);
2. conseguire un profitto con limitazione del rischio attraverso transazioni combinate sul derivato e sul sottostante (finalità di arbitraggio);
3. assumere esposizioni al fine di conseguire un profitto (finalità speculativa).

Come noto, per effetto della globalizzazione dei mercati finanziari, della maggiore volatilità delle variabili economiche e dei bassi costi delle transazioni, i derivati sono progressivamente divenuti sempre più diffusi tra le aziende non finanziarie, stante l’importanza assunta da tali strumenti finanziari soprattutto nella complessa attività di gestione del rischio d’impresa.

Ciò è confermato da una recente analisi empirica⁷ che evidenzia come su un campione di 200 imprese italiane, il 25,5 % di queste ricorra all’uso dei derivati, utilizzo che, di norma, consegue ad un processo di *risk management* finalizzato alla:

- a) comprensione della natura e del funzionamento dello strumento finanziario selezionato affinché risulti coerente ed adeguato alle esigenze aziendali;
- b) conoscenza del costo dello strumento finanziario (solitamente implicito nel prezzo di offerta) e del valore dello stesso (*fair value*);

⁷ Gli strumenti finanziari derivati, in: Il nuovo bilancio dopo l’applicazione del D.Lgs 139/2015, Carlo Marcon - 2018

c) capacità di monitorare l'andamento dello strumento stesso.

È risultato altresì che non sempre il ricorso a strumenti derivati da parte di imprese non finanziarie ha comportato l'assunzione di obbligazioni contrattuali pienamente consone alle finalità statutarie oltre che coerenti con le esigenze economiche e finanziarie dell'azienda., il problema più complesso è la determinazione del valore dello strumento o, meglio, della stima di quest'ultimo.

La valutazione del contratto ad una certa data richiede capacità prognostica circa le dinamiche evolutive del sottostante al fine di stimare, in ragione dei diversi scenari, la conseguente valorizzazione del *pay-off*.

È ragionevole utilizzare il valore attuale della media dei risultati, ponderata in relazione alle probabilità di accadimento di ciascuno scenario.

Come anticipato il ruolo e l'utilità degli strumenti finanziari derivati nella gestione dell'impresa sono stati talune volte travisati, soprattutto con riguardo ai prodotti O.T.C. la cui complessità rende di sovente difficile quantificarne i costi e valutarne i rischi.

Ne conseguono serie difficoltà nella determinazione del *fair value* ai singoli contratti, criticità che permangono nel caso in cui il sottoscrittore risulti proponente in una procedura concordataria.

Le valutazioni in parola attengono, pertanto, anche ai professionisti nominati Commissario Giudiziale prima, e Liquidatore Giudiziale poi, da effettuarsi tenuto precipuamente conto delle finalità della procedura adita.

In tale ottica, in via preliminare, il professionista è chiamato a esplicitare l'operazione finanziaria posta in essere dall'impresa attraverso la sottoscrizione di contratti derivati, ovvero:

- qualificare l'eventuale perdita prodotta dal contratto derivato: essa si è effettivamente realizzata o è solo potenziale?
- A tal fine è necessario ricostruire i dati storici dell'operazione (incassi e pagamenti) e ipotizzare se e quando si potrebbe realizzare la perdita potenziale;
- determinare con ragionevole definizione l'importo della perdita potenziale: trovare a tal fine una fonte indipendente rispetto alla controparte dell'operazione stessa per poter ottenere gli elementi alla base delle opportune valutazioni;
- quantificare la possibile ulteriore perdita prefigurando scenari negativi, sulla base dei quali calcolare l'importo dei possibili esborsi;

Qualora, una volta conclusasi questa fase preliminare, il professionista riscontrasse una situazione di sensibili perdite in capo all'impresa sottoscrittrice connessa alle previsioni formulate il monito è che lo stesso non incorra nella univoca determinazione di ricorrere ex art. 169 *bis* L.F. al decreto del GD di scioglimento dal contratto al fine di estinguere la posizione in essere, liquidando all'intermediario finanziario il *mark to market*.

Questa soluzione non solo non è spesso la strada migliore ma, talvolta, neppure quella percorribile poiché il *cash settlement* preteso dall'intermediario medesimo per eseguire la chiusura sul mercato del contratto in essere comporterà, per l'impresa in procedura, un immediato flusso di cassa negativo.

Le attività da porre opportunamente in essere, alternative allo scioglimento dal contratto, potrebbero essere:

- **dilazionare gli esborsi finanziari** inerenti alla valorizzazione al *mark to market* in più esercizi: per l'effetto il nuovo derivato avrà delle condizioni peggiorative rispetto a quelle di mercato per un importo corrispondente al *cash settlement*;

- per le operazioni originariamente di copertura e poi divenute speculative ad esito della cessione-chiusura del sottostante porsi nella condizione di **evitare il rischio che la perdita aumenti**;
- per le operazioni nate come speculative, trasformare le caratteristiche del rischio, ancorandolo a **parametri più controllabili** e rendendo la posizione prontamente liquidabile.

I riflessi delle situazioni di crisi o di insolvenza che interessino un sottoscrittore di strumenti finanziari derivati è di sovente un tema connesso, in particolare dall'anno 2012 con l'introduzione nella Legge Fallimentare dell'art. 169 *bis*, alla disciplina dei contratti in corso di esecuzione nel Concordato Preventivo.

L'art. 169 *bis* L.F. consente al debitore proponente di chiedere al Tribunale od al Giudice Delegato, se l'istanza fosse proposta successivamente al decreto di ammissione alla procedura concordataria, l'autorizzazione a sciogliere o sospendere i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data di presentazione del ricorso, fatto salvo il diritto del contraente di ottenere un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente all'inadempimento del debitore proponente, rifusione da riconoscere in moneta concorsuale.

Il ricorso al Concordato Preventivo, infatti, non determina l'automatico scioglimento dei contratti derivati pendenti alla data del ricorso, i quali evidentemente proseguono anche dopo il deposito della domanda.

È bene altresì specificare che la norma in parola trova applicazione sia nei Concordati liquidatori che in quelli in continuità, avuto precipuamente riguardo all'interesse della massa creditoria:

- nel Concordato liquidatorio nella maggior parte dei casi lo scioglimento di un derivato costituisce un effetto anticipatorio della liquidazione e trova pertanto giustificazione nel risultato positivo per la massa dei creditori dell'eventuale esclusione medio-tempore di effetti negativi sul patrimonio del debitore;
- nel Concordato in continuità la giustificazione appare evidente in quanto la continuità sussiste per lo più in presenza di una riorganizzazione aziendale che comporta la rivisitazione delle scelte aziendali poste alla base del ricorso agli strumenti derivati.

È frequente infatti che l'impresa che chieda l'ammissione al Concordato preventivo abbia stipulato contratti in strumenti finanziari derivati, che si rilevino estremamente onerosi per l'impresa medesima, la quale, quindi, matura l'interesse a sciogliersi dagli stessi.

Si tratta quindi di capire se ed in quale circostanza l'impresa in Concordato debba chiedere lo scioglimento dai contratti in parola e se ed in quali casi sia per la stessa conveniente proseguirne l'esecuzione.

Tenuto conto che la prosecuzione del contratto derivato comporterebbe il pagamento integrale dell'eventuale *cash settlement* maturato successivamente all'ammissione della Procedura, risulta necessario porsi nella condizione di valutare il concreto interesse della Procedura stessa nel farsi carico di una posta incerta, tale da rendere la prospettiva di soddisfazione dei creditori ancora più indeterminata.

In particolare, nella procedura di Concordato in continuità il debitore ricorrente è chiamato a valutare se la perdurante vigenza del derivato sia compatibile con la prospettata soluzione della crisi, al fine di optare per la sua regolare prosecuzione o per la richiesta di scioglimento ex art. 169 *bis* L.F.

La conservazione del contratto presuppone che lo stesso si riveli davvero funzionale al piano, condizione che deve mantenersi intatta nonostante il deposito della domanda.

Per meglio comprendere tali situazioni si propongono due esempi:

I caso: piano basato sulla continuità aziendale con prosecuzione dell'attività extraeuropea espletata in misura rilevante con l'estero: in queste condizioni permane un'alea operativa che può essere opportuno continuare a gestire mediante il mantenimento di opportuni strumenti finanziari. Del pari, un'opzione per la regolare esecuzione di un contratto di locazione finanziaria con remunerazione variabile può giustificare la conservazione di un derivato preposto a mitigare il rischio di rialzo dei tassi.

II caso: al contrario, ogni qualvolta la ragione economica alla base del contratto viene meno, ad esempio nel caso in cui il concordato determina la cessione del sottostante oppure, più in generale, la cessazione dell'attività caratteristica, il derivato si può tradurre in un mero fattore moltiplicatore del rischio. Orbene, a seguito dell'apertura della Procedura, tale alea finisce per essere traslata dall'imprenditore alla massa, con conseguenze difficilmente accettabili nel quadro del concordato, invariabilmente tesa al miglior soddisfacimento dei creditori.

Di qui la frequenza delle richieste da parte del debitore di sospensione o di scioglimento ex art. 169 *bis* L.F., finalizzate a impedire che in corso di procedura maturino differenziali negativi, da corrispondersi, essendo sorti in occasione del Concordato, in prededuzione, con conseguente erosione delle risorse da destinarsi agli altri soggetti assoggettati al concorso. Questa soluzione comporta il pagamento all'intermediario finanziario di un indennizzo parametrato al valore del *mark to market* rilevato al momento dell'avvenuta cessazione del negozio e collocato al chirografo.

Riassumendo, si rendono quindi opportune una serie di valutazioni ed i connessi effetti da compiersi comparativamente, attività che devono precedere l'eventuale domanda di scioglimento o sospensione dai contratti derivati, ovvero:

- l'opzione in sé di sospensione oppure di scioglimento definitivo dal contratto;
- quali siano i diritti del contrente in bonis;
- l'impatto dell'eventuale scioglimento dei contratti sul miglior soddisfacimento dei creditori;
- rispetto al perseguimento del piano concordatario.

È evidente infatti che con l'introduzione dell'art. 169 *bis* L.F. il legislatore ritiene il valore della continuità aziendale e del soddisfacimento del ceto creditorio prevalente rispetto a quello del valore della stabilità dei rapporti pendenti.

Alle valutazioni di cui sopra sono per l'effetto chiamati anche i Tribunali destinatari delle richieste di scioglimento dai contratti derivati.

Sul punto i temi affrontati dai Tribunali appaiono sostanzialmente limitati alla valutazione delle ragioni che giustificano l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione e alla determinazione della misura dell'indennizzo da riconoscere al contraente ex art 169 - *bis* secondo comma L.F.

Sotto il primo profilo, la decisione si sostanzia nella valutazione da parte del Giudice circa la funzionalità dello scioglimento rispetto al piano concordatario e al miglior soddisfacimento dei creditori, che si concreta in un giudizio prognostico sulle conseguenze dell'esecuzione del contratto nella sfera giuridica del debitore concordatario: in questo modo, solo se la prognosi è sfavorevole per il debitore potrà essere autorizzato lo scioglimento del contratto – o la sua sospensione nelle more del deposito della proposta e del piano.

Anche il nuovo Codice della Crisi adottato con il D.Lgs n.14/2019, pubblicato in G.U. n. 38/2019 e che per la maggioranza delle sue disposizioni entrerà in vigore il 15 agosto 2020 viene trattato il tema dei contratti pendenti. Esso chiarisce in via preliminare che nell’ambito del concordato preventivo l’espressione “*contratti pendenti*” indica “*contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti*” da entrambe le parti al momento in cui è aperta la procedura concorsuale.

Viene inoltre chiarito che a non essere integralmente eseguite devono essere le prestazioni principali del contratto e non altre prestazioni accessorie, comunque previste dal contratto stesso.

Rimane invariata la regola base della disciplina dei contratti pendenti nell’ambito del concordato preventivo ovvero sia “la prosecuzione del rapporto”. Il Codice della Crisi ha infatti mantenuto l’opzione prevista dal vigente articolo 169 – *bis* L.F., consentendo di sospendere l’efficacia del contratto pendente oppure di instare per il relativo scioglimento.

Recependo l’orientamento giurisprudenziale formatosi nella vigenza dell’art. 169 – *bis* L.F. il Codice della Crisi prevede la possibilità della controparte contrattuale in bonis di resistere alla richiesta di scioglimento solo nel caso in cui la stessa sia illegittima.

CAPITOLO II: IL TRATTAMENTO DEI CREDITI TRIBUTARI E CONTRIBUTIVI (EX “TRANSAZIONE FISCALE”)

Premessa

La cosiddetta “transazione fiscale”, la quale disciplina il trattamento dei crediti tributari e contributivi nella procedura di concordato preventivo e nella procedura di accordo di ristrutturazione dei crediti, è stata modificata dalla manovra di Bilancio 2017 (L. 11 dicembre 2016, n. 232) e recentemente riformulata dal nuovo codice della crisi dell’impresa e dell’insolvenza (D.lgs. 14/2019) che entrerà in vigore il 15.08.2020.

Ai sensi dell’art. 182-ter L.F. viene concesso al debitore la possibilità, la quale deve essere prevista dal piano ex art. 160 L.F. e proposta esclusivamente⁸ mediante la procedura prevista dal predetto articolo, di soddisfare anche solo parzialmente ovvero in forma dilazionata, i tributi ed i relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori.

Ad oggi dunque non vi è più l’alternativa di scelta tra la procedura generale del concordato preventivo e quella speciale della transazione fiscale ma l’unica possibilità per il debitore è quella di specificare, nella proposta di concordato preventivo, il trattamento dei crediti tributari che intende effettuare. Viene altresì meno la determinazione dell’amministrazione finanziaria di aderire o meno all’istanza transattiva dato che l’istituto non si presenta più come un autonomo accordo che impone l’acquisizione preventiva dell’assenso dell’Amministrazione finanziaria in funzione dell’adunanza dei creditori.

Le ulteriori principali novità introdotte sono così riassumibili:

- è stata introdotta la possibilità di pagare parzialmente o dilazionare i debiti relativi all’Iva e alle ritenute operate e non versate, sempre avendo riguardo alla quota realizzabile sul ricavato in caso di liquidazione;
- è stato eliminato il riferimento agli effetti del consolidamento del debito tributario e della cessazione della materia del contendere;
- sono stati diversamente ripartiti, tra l’Agenzia delle Entrate e l’agente della riscossione, l’espressione del voto nel concordato preventivo.

I presupposti

I presupposti soggettivi

L’inserimento della transazione fiscale all’interno della disciplina del concordato impone una verifica preventiva dei presupposti soggettivi richiesti dalla L.F. (illustrati al punto 2) per l’accesso alla procedura del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Al riguardo si richiama l’attenzione sui requisiti qualificanti degli imprenditori commerciali soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo nonché sull’onere dell’imprenditore di comprovare la

⁸ Per tale motivo l’art. 182-ter L.F. ad oggi in vigore è ora rubricato “trattamento dei crediti tributari e contributivi” e non più “transazione fiscale”, dato che è venuta meno l’alternativa che permetteva al debitore di proporre il predetto pagamento utilizzando la procedura della transazione fiscale.

contemporanea sussistenza dei parametri di cui alle lettere a), b) e c) dell'articolo 1 della L.F., elencati al precedente punto 2, ai fini dell'esclusione dalle procedure di fallimento e di concordato preventivo.

I presupposti oggettivi

L'art. 182-ter, primo comma, della L.F. stabilisce che “(...) il debitore può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori (...)”.

La norma individua in maniera tassativa le tipologie di crediti tributari che possono formare oggetto della transazione fiscale, sulla base dei parametri di seguito indicati.

Le tipologie di tributi e contributi

L'art. 182-ter L.F. prevede di pagare i tributi ed i relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori. È quindi ora possibile far rientrare nell'istituto anche l'Iva e le ritenute operate e non versate, che nella previgente disciplina potevano solamente essere dilazionate.

L'istituto continua a non trovare applicazione quindi per i tributi propri degli enti locali (IMU, TASI, TARI, imposta di soggiorno ecc.), non essendo “tributi amministrati dalle agenzie fiscali”. L'IRAP invece, pur trattandosi di un tributo non erariale, è ricompresa nell'ambito applicativo in quanto è stata ritenuta a “gestione centralizzata” e dunque amministrata dall'Agenzia delle Entrate.

Si osserva, inoltre, che l'articolo 182-ter pone l'accento sulla circostanza che il tributo sia amministrato dalle agenzie fiscali, prescindendo dalla tipologia del gettito che si origina dal tributo. Ciò costituisce ulteriore connotato di distinzione rispetto alla previgente disciplina di cui al DL n. 138 del 2002, che ammetteva la transazione per i soli tributi amministrati dall'Agenzia delle entrate il cui gettito fosse di esclusiva spettanza dello Stato.

A titolo di esempio, possono essere oggetto di transazione:

- le imposte emergenti dalle dichiarazioni fiscali presentate sino alla data di presentazione della domanda di transazione e non ancora liquidate;
- le imposte emergenti dalle dichiarazioni integrative presentate dal contribuente, ai sensi degli articoli 2 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. fine di rettificare o integrare gli importi originariamente dichiarati;
- le imposte dovute a seguito della liquidazione delle dichiarazioni dei redditi ai sensi dell'articolo 36-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e del controllo formale di cui all'articolo 36-ter del medesimo decreto;
- il debito di imposta quantificato in atti di accertamento, avvisi di liquidazione, atti di recupero, atti di contestazione e/o di irrogazione di sanzione, ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo;
- i crediti tributari iscritti a ruolo dagli Uffici dell'Agenzia.

Infine, si precisa che la proposta di transazione può avere ad oggetto anche i tributi in precedenza richiamati per i quali sia pendente una lite.

Per quanto riguarda invece i contributi “amministrati dagli enti gestori di previdenza ed assistenza obbligatori”, si tratta degli importi che derivano dall’intera omissione contributiva, senza possibilità di distinguere tra la quota a carico del lavoratore da quella a carico del datore di lavoro. Per tali contributi si deve far riferimento esclusivamente all’art. 182-ter L.F. in quanto i restringenti limiti imposti dal 6 D.L. n. 185/2008 e dal successivo D.M. del Ministero del Lavoro del 04 agosto 2009 sono ormai superati.

Interessi e sanzioni

L’articolo 182-ter include tra i crediti tributari suscettibili di transazione anche gli accessori al tributo.

Al riguardo si ritiene che possano essere oggetto di transazione non solo gli accessori in senso proprio, vale a dire gli interessi relativi al tributo e l’indennità di mora, ma anche le sanzioni amministrative per violazioni tributarie, come peraltro già affermato dalla circolare n. 8/E del 2005 con riferimento alla previgente forma di transazione fiscale disciplinata dall’articolo 3, comma 3, del DL n. 138 del 2002.

Natura privilegiata o chirografaria del credito

Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento, nonché le eventuali garanzie, non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

Se invece il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria⁹, il trattamento non può essere differenziato rispetto agli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole. Tale normativa vale anche per la quota di credito che è stato degradato al chirografo.

Attestazione del professionista terzo ed indipendente

La proposta di pagamento parziale dei debiti tributari è ammessa a condizione che sussista una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all’[art. 67](#) co. 3 lett. d) del RD 267/42 dalla quale emerga - a seguito della comparazione tra il pagamento proposto con la domanda di concordato e la soddisfazione ricavabile dall’alternativa fallimentare - che la proposta concordataria sia maggiormente soddisfattiva dei crediti tributari e previdenziali (cfr. circ. Agenzia Entrate n. [16/2018](#)).

A tale fine, secondo l’Agenzia delle Entrate l’attestatore dovrà considerare pure il maggiore apporto patrimoniale rappresentato dai flussi o dagli investimenti generati dall’eventuale continuità aziendale, oppure per effetto dell’attività liquidatoria gestita in sede concordataria, che non costituisce una risorsa economica nuova, ma deve essere considerato finanza endogena, in quanto - ai sensi dell’[art. 2740](#) c.c. - l’imprenditore è chiamato a rispondere dei debiti assunti con tutti i propri beni, presenti e futuri (cfr. Cass. 8.6.2012 n. [9373](#)). Rimane fermo che la valutazione comparativa con l’ipotesi della totale liquidazione dei beni del debitore possa essere effettuata da un professionista diverso dall’attestatore della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano ([art. 161](#) co. 3 del RD 267/42), come l’estimatore estensore della relazione giurata di cui all’[art. 160](#) co. 2

⁹ Si ricorda che il DL 83 del 2015 ha previsto, ad eccezione per il concordato in continuità aziendale, che la proposta debba prevedere l’obbligo del pagamento dei creditori chirografari nella misura di almeno il 20% dell’ammontare complessivo.

del RD 267/42 - riguardante la falcidiabilità generale dei debiti privilegiati - oppure un altro professionista in possesso requisiti prescritti dall'[art. 67](#) co. 3 lett. d) del RD 267/42.

La circ. Agenzia Entrate n. [16/2018](#) ha, inoltre, precisato che l'[art. 182-ter](#) del RD 267/42 non pretende che l'attestazione relativa al pagamento parziale dei debiti tributari sia redatta distintamente dalla relazione di cui all'[art. 161](#) co. 3 del RD 267/42 (attestazione della veridicità dei dati aziendali e fattibilità del piano), né da quella giurata di generale falcidia dei debiti privilegiati ([art. 160](#) co. 2 del RD 267/42): il professionista può, pertanto, predisporre un unico documento nel quale sia effettuato il confronto tra l'ipotesi concordataria e quella liquidatoria, e da cui emerga che la prima è in grado di soddisfare l'Amministrazione Finanziaria in misura superiore alla seconda.

In tale sede, è stato altresì chiarito che l'attestazione del professionista di cui all'[art. 182-ter](#) del RD 267/42 - in merito alla convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa liquidatoria - non vincola l'Amministrazione Finanziaria ad esprimere un voto favorevole: l'Agenzia delle Entrate, analogamente agli altri creditori, potrà, infatti, votare negativamente, ad esempio, nel caso in cui i valori di liquidazione contenuti nella relazione del professionista appaiano sottostimati oppure incompleti - oltre alle ipotesi in cui è configurabile il reato di false attestazioni e relazioni ai sensi dell'[art. 236-bis](#) del RD 267/42 - o, più in generale, qualora il piano non appaia fattibile (cfr. Cass. 4.11.2011 n. [22931](#) e [22932](#)).

[La procedura](#)

[La domanda di concordato preventivo ed il trattamento dei crediti tributari](#)

Ai sensi dell'art. 182-ter L.F. “copia della domanda e della relativa documentazione deve essere presentata, contestualmente al deposito presso il Tribunale, al competente agente della riscossione e all'ufficio competente sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo fino alla data di presentazione della domanda.

Il debitore dunque deve specificare nella proposta di concordato preventivo, seguendo obbligatoriamente quanto indicato nell'art. 182-ter L.F., il trattamento dei crediti tributari che intende effettuare. Si ricorda che anche per il pagamento dei crediti tributari e contributivi si rende necessaria la relazione di un professionista terzo e indipendente che assicuri che la proposta concordataria permetta di soddisfare maggiormente gli enti rispetto all'alternativa fallimentare, così come sopra specificato.

[Adempimenti dell'amministrazione finanziaria](#)

In linea di principio le indicazioni in merito alle attività che gravano in capo agli uffici dell'Agenzia delle Entrate e dell'agente della riscossione non si sono modificate con il nuovo art. 182-ter L.F.

Infatti, così come già indicato nella circolare n. 40/E del 2008, l'ufficio dell'Agenzia delle entrate territorialmente competente, entro trenta giorni dalla data della presentazione della domanda, deve verificare il rispetto dei requisiti per l'ammissibilità, effettuare l'attività di controllo (liquidazione delle dichiarazioni, notifica delle comunicazioni di irregolarità e degli eventuali avvisi di accertamento) e trasmettere la certificazione attestante il

complessivo debito fiscale non ancora affidato all’agente della riscossione e non iscritto a ruolo¹⁰. Per identificare il debito, l’ufficio deve tenere conto anche degli avvisi di accertamento notificati, anche per accertamenti parziali, i ruoli vistati ma non ancora consegnati all’agente della riscossione, i processi verbali di constatazione e gli inviti al contraddittorio.

La prassi del Tribunale di Brescia e dell’Agenzia delle Entrate di Brescia

Si è provveduto ad interpellare il funzionario dell’Agenzia delle Entrate di Brescia, la quale ha dichiarato quanto segue:

“Per quanto concerne la prassi dell’Agenzia delle Entrate di Brescia, debitamente interpellata, si precisa che la stessa non effettua alcuna verifica preliminare, soprattutto dopo le recenti problematiche scaturite ai vertici.

Per fornire qualsiasi parere o esprimere il voto attendono il piano e soprattutto l’attestazione del professionista (ogni parere è formulato sulla base dell’attestazione).

Quindi l’iter che l’ufficio segue è il seguente:

- 1. Deposito presso di Agenzia delle Entrate e all’Agenzia delle Entrate Riscossione della transazione fiscale;*
- 2. Deposito del piano comprensivo di attestazione e delle ricevute di deposito della transazione fiscale in Tribunale;*
- 3. Ricezione copia del piano e dell’attestazione;*
- 4. Richiesta di liquidazione dei ruoli entro 30 giorni;*
- 5. Invio precisazione di credito e voto al Commissario subito dopo, nei termini di deposito della relazione ex art. 172 L.F..*

Per quanto riguarda il Tribunale di Brescia si precisa che lo stesso prende atto del deposito della transazione presso gli uffici competenti lasciando al Commissario ogni sorta di valutazione di merito.”

Adempimenti dell’Agente della riscossione

Contestualmente l’agente della riscossione, ricostruita la parte di debito tributario affidato o iscritto a ruolo, ha l’onere di trasmettere al debitore, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, una certificazione attestante l’entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso.

Proposta di dilazione del pagamento

L’art. 182-ter L.F. prevede la possibilità di dilazionare il pagamento ma, considerando che ormai la proposta “transazione fiscale” è inserita all’interno del piano di cui all’articolo 160 della L.F., l’Ufficio terrà conto di quanto previsto in generale dalla proposta di concordato preventivo.

Il voto

Il meccanismo di voto è stato semplificato con il nuovo art. 182-ter L.F. ed ora permette di riconoscere il diritto di voto al soggetto direttamente interessato alla tutela del proprio credito e quindi:

- relativamente al credito tributario complessivo, il voto sulla proposta concordataria viene espresso dall’ufficio, previo parere conforme della competente direzione regionale, in sede di adunanza dei creditori ovvero nei modi previsti dall’art. 178 co. 4 L.F.;

¹⁰ Dopo l’emissione del decreto ex art. 163 L.F., copia dell’avviso di irregolarità e delle certificazioni deve essere trasmessa al commissario giudiziale per gli adempimenti previsti dall’art. 171 co. 1 L.F. e dall’art. 172 L.F..

Commissione Procedure Concorsuali: “il Concordato Preventivo”

- il voto dell’agente della riscossione viene espresso limitatamente agli oneri della riscossione.

Pagamento dei tributi oggetto di transazione

Per quanto attiene alle modalità di versamento dei tributi oggetto di transazione, in assenza di specifiche previsioni, si intendono applicabili le disposizioni ordinarie in materia di pagamenti.

In particolare il contribuente potrà adempiere alla propria obbligazione tributaria:

- presso l’agente della riscossione a fronte di carichi iscritti a ruolo;
- mediante mod. F24 ed F23, per i tributi non ancora iscritti a ruolo, utilizzando appositi codici tributo di prossima istituzione.

Il “diniego” dell’Agenzia delle Entrate

In caso di “diniego” dell’Agenzia dell’Entrate avverso la proposta di transazione, vi sono fonti che ritengono che questo possa essere impugnato avanti la competente Commissione Tributaria Provinciale. Tuttavia, comparando le tempistiche del processo tributario e l’esigenza di celerità che riguardano la procedura concorsuale, si rischia di interrompere la piena funzionalità dell’istituto.

CAPITOLO III: LA CONSECUZIONE DI PIÙ PROCEDURE E LA PREDEDUZIONE

Con l'espressione “**consecuzione di due o più procedure concorsuali**” si fa riferimento ad un principio introdotto in giurisprudenza dalla Suprema Corte di Cassazione, secondo la quale la dichiarazione di fallimento che seguisse all'esperimento infruttuoso del concordato preventivo darebbe luogo ad un fenomeno non di **mera successione cronologica**, bensì di “**consecuzione di procedimenti**”, i quali, sebbene formalmente distinti, costituiscono, sotto il profilo funzionale, due fasi di un procedimento unitario (vedasi Cass. 18 luglio 1990 n. 7339).

Dall'impostazione così assunta, viene fatto discendere che:

- i termini per l'esercizio delle azioni revocatorie fallimentari, decorrano dalla data del decreto di ammissione al concordato preventivo, non già dalla dichiarazione di fallimento;
- la sospensione degli interessi convenzionali e legali, prodotta dalla presentazione della domanda di concordato preventivo, continua ad operare nel successivo fallimento;
- il divieto di compensazione, tra i crediti anteriori alla proposta di concordato ed i debiti successivi, permane anche nel fallimento dichiarato successivamente;
- gli atti compiuti dal debitore, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 167 L. Fall., non possono essere assoggettati all'azione revocatoria fallimentare.

Le **ipotesi**, ormai consolidate, **di consecuzione del fallimento al concordato preventivo** sono oggi individuabili nei seguenti casi:

- (i) deposito della domanda prenotativa e mancata ammissione al concordato e successiva dichiarazione di fallimento;
- (ii) presentazione della domanda completa, dichiarazione di inammissibilità del concordato e successiva dichiarazione di fallimento;
- (iii) revoca del concordato e successiva dichiarazione di fallimento;
- (iv) mancata approvazione del concordato e successiva dichiarazione di fallimento;
- (v) mancata omologazione del concordato preventivo e successiva dichiarazione di fallimento;
- (vi) risoluzione o annullamento del concordato e successiva dichiarazione di fallimento.

Nell'attuale quadro normativo, si deve considerare l'impostazione di recente assunta dalla Suprema Corte (Cass. 16 aprile 2018, n. 9290), secondo cui “*la domanda di concordato produce effetti anche prima dell'eventuale provvedimento di ammissione (cfr., così, la norma della L. Fall., art. 161, comma 7)*”.

Secondo tale nuova pronuncia, il fenomeno della *consecutio* si configurerebbe **anche nel caso in cui alla presentazione della domanda di concordato non abbia poi fatto seguito il decreto di ammissione alla relativa procedura**, muovendo dall'assunto che, gli effetti caratteristici della procedura concorsuale si

producono con la presentazione della domanda di concordato (già nello stesso senso Cass. 6 agosto 2010, n. 18437).

Bisogna inoltre considerare che, in caso di successione del fallimento al concordato preventivo, è possibile che vi sia un periodo temporale (più o meno ampio), tra la chiusura anticipata del procedimento di concordato e la successiva dichiarazione di fallimento.

La Suprema Corte (26 giugno 1992, n. 8013), in passato, aveva già ritenuto che la *consecutio* si fondasse sul presupposto dell'esistenza di un rapporto di continuità tra le procedure, di natura non tanto temporale ma piuttosto causale, precisandosi che la consecuzione dei procedimenti non era esclusa dal mero fraporsi di un intervallo di tempo tra due procedure prese in considerazione, purché la seconda fosse espressione della medesima crisi economica della prima procedura che aveva avviato la sequenza.

Tale principio è stato ritenuto dalla giurisprudenza valido anche nell'attuale contesto normativo (Cass. 16 aprile 2018, n. 9290; Cass. 9 settembre 2016, n. 17911; Trib. Forlì 3 novembre 2015, in Fall. 2016).

Per contro, **una discontinuità temporale piuttosto evidente**, accompagnata da una **riduzione delle masse passive** tale da incidere sulla consistenza economica e patrimoniale dell'impresa debitrice, **escludono una sostanziale identità dello stato di insolvenza** (diverse le crisi d'impresa e differenti i presupposti oggettivi delle procedure concorsuali).

Le ipotesi di consecuzione si riferiscono alla sola eventualità che il fallimento sia consecutivo ad un precedente concordato preventivo.

In quest'ottica, va ricordato che l'art. 69-*bis* **L. Fall.**, **si** riferisce espressamente alla sola sequenza rappresentata dal concordato preventivo sfociato in fallimento.

Si è, di conseguenza, sostenuto che tale norma e, più in generale, l'istituto della consecuzione delle procedure non è applicabile al caso in cui il fallimento sia successivo all'esito infausto di un **piano di risanamento attestato** di cui all'**art. 67, comma 3, lett. d) L. Fall.**, in quanto tale istituto non è qualificabile quale “procedura concorsuale”.

Nel caso, invece, di un **accordo di ristrutturazione di debiti**, omologato ex art. 182-*bis* L. Fall. si è di recente pronunciata la Suprema Corte con due sentenze che, hanno chiarito che l'accordo di ristrutturazione rientra nei “procedimenti concorsuali” (Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182; Cass. 25 gennaio 2018, n. 1896).

La Cassazione, con le due sentenze in esame, si è in particolare pronunciata sulla incerta applicabilità agli accordi di ristrutturazione della disciplina di cui all'art. 111, comma 2, L. Fall., a mente del quale “*sono considerati crediti*”

prededucibili ... quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”, affermandone l’equiparabilità degli accordi di ristrutturazione al concordato preventivo, sottolineando come la disciplina degli accordi di ristrutturazione “in punto di condizioni di ammissibilità, deposito presso il tribunale competente, pubblicazione al registro delle imprese e necessità di omologazione”, nonché in punto di “meccanismi di protezione temporanea, esonero dalla revocabilità di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in sua esecuzione”, presupponga “forme di controllo e pubblicità sulla composizione negoziata, ed effetti protettivi, coerenti con le caratteristiche dei procedimenti concorsuali”.

Applicando tali principi (di inclusione *tout court* degli accordi di ristrutturazione nel novero delle procedure concorsuali), il principio della *consecutio* (come normativamente disciplinato dall’art. 69-*bis* L. Fall.) opera anche nel caso in cui:

- (a) il fallimento sia consecutivo ad una domanda di concordato modificata poi in una domanda di omologazione di accordo di ristrutturazione dei debiti;
- (b) il fallimento sia consecutivo ad un accordo omologato direttamente ex art. 182-*bis* L. Fall.

Con tali precisazioni è possibile ipotizzare una **consecuzione fra vari successivi concordati (infruttuosamente succedutisi) e un fallimento finale.**

Si pensi al seguente caso:

- (i) il debitore presenta una prima domanda di concordato, che viene dichiarata inammissibile, senza che ad essa segua la declaratoria di fallimento;
- (ii) il debitore, a questo punto, presenta una nuova domanda, alla quale questa volta segue l’ammissione alla procedura di concordato;
- (iii) successivamente, il concordato si chiude anticipatamente e, contestualmente, viene dichiarato il fallimento.

In tale ipotesi, si ritiene applicabile il principio della consecuzione del fallimento al concordato preventivo, con retrodatazione, di taluni effetti della sentenza di fallimento, **alla data della presentazione della prima domanda di concordato**: ciò, in quanto il fallimento è dichiarato all’esito della naturale evoluzione della medesima crisi che aveva portato al deposito della prima domanda di concordato.

In definitiva, occorrerà verificare, con riguardo a ciascuna procedura concorsuale, se ogni procedimento si ponga o meno in rapporto di continuità con il fallimento finale: il principio della *consecutio* troverà quindi applicazione a partire dalla prima domanda di concordato, nel solo caso in cui il fallimento sia riconducibile alla medesima situazione di crisi/insolvenza che aveva determinato la presentazione della prima domanda di concordato preventivo

I principali effetti

Con l’introduzione dell’art. 69-*bis*, secondo comma, L. Fall., è stata riconosciuta dal Legislatore la retrodatazione del periodo sospetto ai fini della revocatoria, a partire dalla pubblicazione della domanda di concordato.

A ciò si devono aggiungere altre norme che hanno preso atto di una continuità delle procedure concorsuali consecutive e più precisamente:

1. **fase di “pre-concordato”**, va ricordato che l’art. 67, comma 3, lett. e), L. Fall. prevede che “non sono soggetti a revocatoria .. gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all’articolo 161”; secondo l’art. 161, comma 7, L. Fall., poi, “il crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore” dopo il deposito del ricorso per l’ammissione al concordato preventivo con riserva “sono prededucibili ai sensi dell’articolo 111”: in sostanza, i crediti sorti da atti legalmente compiuti dopo la presentazione della domanda “con riserva”, se non pagati, sono “prededucibili” nel successivo fallimento; se pagati, sono esenti da revocatoria nel successivo fallimento;
2. gli atti posti in essere nella fase di “pre-concordato” non “legalmente compiuti”, sono da ritenersi non più esenti da revocatoria e, quindi, revocabili: in tale caso *bisogna* configurare una diversa decorrenza dei termini per l’esercizio delle azioni revocatorie (dalla pubblicazione della domanda di concordato per gli atti ad esso precedenti e dalla dichiarazione di fallimento per gli atti compiuti nel corso del pre-concordato);
3. gli atti compiuti dopo l’ammissione al concordato ex art. 163 L. Fall., vanno ritenuti intangibili se compiuti nell’osservanza dell’art. 167 L. Fall.; i crediti venuti ad esistenza nel corso della procedura di concordato sono prededucibili nel successivo fallimento, a norma dell’art. art. 111 L. Fall., in quanto sorti in occasione ed in funzione del concordato preventivo;
4. gli atti compiuti dopo l’ammissione al concordato ex art. 163 L. Fall., ma in violazione alla legge o senza l’autorizzazione dal giudice delegato, saranno da ritenersi nel successivo fallimento inefficaci ai sensi dell’art. 167 L. Fall.;
5. gli atti posti in essere dal debitore successivamente all’omologazione del concordato, l’art. 67, comma 3, lett. e) L. Fall. sancisce l’irrevocabilità dei pagamenti e delle garanzie poste in essere in esecuzione del concordato preventivo omologato; sempre nell’ottica del *favor* legislativo per le procedure di composizione della crisi alternative al fallimento, l’art. 182- *quater* L. Fall. ha inteso disciplinare la prededuzione dei crediti sorti in esecuzione ed in funzione (tra l’altro) del concordato preventivo (Cass. 10 gennaio 2018, n. 380).

La Corte di Cassazione recentemente nel ribadire che il requisito della consecuzione tra le procedure dipende esclusivamente dalla mancanza di discontinuità dell’insolvenza, si è recentemente pronunciata riguardo al principio della prededuzione da riconoscere ex art. 111 L.F. nel successivo fallimento, ai crediti sorti in occasione e in funzione di un concordato preventivo in bianco, cui l’imprenditore ha rinunciato per la non fattibilità del relativo piano.

In particolare, con la **sentenza 29.05.2019, n. 14713**, nel ripercorrere e chiarire i contorni della disciplina, sono stati espressi i seguenti principi di diritto:

Commissione Procedure Concorsuali: “il Concordato Preventivo”

- a) i crediti di terzi, scaturenti da atti legalmente compiuti dall'imprenditore dopo la presentazione di una domanda di concordato in bianco, sono in astratto prededucibili, per espressa disposizione di legge, nel fallimento o nella liquidazione coatta amministrativa, anche ove vi sia stata rinuncia al concordato, poiché il requisito della consecuzione tra le procedure dipende esclusivamente dalla mancanza di discontinuità dell'insolvenza;
- b) nella fase di preconcordato, ai sensi dell'art. 161, c. 7 L. Fall., è consentito al ricorrente, compiere atti di gestione dell'impresa, senza necessità di autorizzazione del tribunale, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio dell'impresa;
- c) la nozione di atti legalmente compiuti, di cui all'art. 161, c. 7 L. Fall. è legata, innanzitutto, al significato della distinzione tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione, la quale va intesa secondo l'art. 167 L. Fall.; sicché resta incentrata sul requisito dell'idoneità dell'atto a incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, perché in grado di determinarne la riduzione ovvero di gravarlo di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti;
- d) anche dopo la presentazione di una domanda di concordato preventivo con riserva, la valutazione in ordine al carattere di ordinaria o di straordinaria amministrazione dell'atto deve essere compiuta con riferimento all'interesse della massa dei creditori, e non dell'imprenditore insolvente, essendo possibile che atti astrattamente qualificabili di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio dell'impresa possano, invece, assumere un diverso connotato se compiuti nel contesto procedimentale attivato dalla domanda suddetta, laddove gli stessi finiscano con l'investire gli interessi del ceto creditorio mediante l'assunzione di ulteriori debiti o la sottrazione di beni alla disponibilità della massa;
- e) la necessità di valutare l'atto in coerenza con la situazione nella quale è posto in essere impone al debitore, che intenda presentare una domanda di concordato "con riserva", l'onere di fornire informazioni sul tipo di proposta (o anche sul contenuto del piano) idonee a discernere verso quale forma di concordato egli abbia inteso indirizzarsi, per modo da confrontare rispetto a essa la valutazione degli atti consentiti; sicché in difetto l'atto, che si riveli idoneo a incidere negativamente sul patrimonio, deve essere considerato, ai fini dell'art. 161, c. 7, come di amministrazione straordinaria.

CAPITOLO IV: PROCEDURE CONCORSUALI, AFFITTO D’AZIENDA E TRATTAMENTO DEI DIPENDENTI

Premesse

L’elaborato si articola su 2 questioni molto rilevanti, ovvero: in caso di **retrocessione** d’azienda per inadempimento o naturale scadenza:

- 1) La procedura **succede** nei rapporti di lavoro dipendente?
- 2) Se non succede, è comunque **solidalmente responsabile** con l’affittuario per i debiti di lavoro dipendente da quest’ultimo maturati?

L’elaborato, nello spiegare quanto sopra, dettaglia anche:

- 1) Come funziona nel **fallimento** (normativa di riferimento)
- 2) Come le stesse tutele e protezioni si possano applicare anche nel **concordato preventivo**
- 3) Quali sono le **problematiche tuttora aperte, e i relativi rischi**, non oggetto di consolidati orientamenti giurisprudenziali che possano in qualche modo “fare stare tranquilla” la procedura.

La terza parte dell’elaborato si occupa di approfondire i riflessi delle (intervenute) procedure concorsuali sui rapporti di lavoro, con particolare riferimento all’utilizzo degli ammortizzatori sociali (Cassa Integrazione).

Articolazione dei quesiti

Tre questioni estremamente dibattute (e tutt’altro che infrequenti nella pratica) sono:

a) se, in caso di retrocessione dell’azienda (che può avvenire per anticipata risoluzione del contratto d’affitto causa inadempimento della società affittuaria, o alla sua naturale scadenza per inadempimento del preliminare di acquisto sempre da parte della medesima società) e qualora la società affittuaria non abbia tempestivamente e validamente risolto i rapporti di lavoro con i dipendenti in epoca anteriore alla retrocessione dell’azienda, la procedura concorsuale **succeda** nei contratti di lavoro dei citati dipendenti;

b) se, nel medesimo caso, la procedura concordataria, pur non succedendo nei contratti di lavoro dei citati dipendenti, sia **solidalmente responsabile** con l’affittuario di eventuali debiti della stessa nei confronti dei citati dipendenti **maturati sino** alla retrocessione dell’azienda.

c) quali siano i riflessi delle procedure concorsuali sui rapporti di lavoro, e quali siano gli ammortizzatori sociali attivabili in tali casistiche

Risposta per quanto concerne il concordato

Per i rapporti di lavoro la regola legale (art. 2112, co. 1 e 5, c.c.) che vale in caso di cessione o affitto d'azienda -e cioè la continuità dei rapporti di lavoro dell'affittante con l'affittuario- vale anche in caso di retrocessione dell'azienda dall'affittuario all'affittante e ciò non solo alla naturale scadenza del contratto, ma anche in caso di sua risoluzione anticipata -ciò è riconosciuto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza-.

E ciò vale non solo per i rapporti di lavoro che erano in essere con l'affittante antecedentemente all'affitto e che sono continuati con l'affittuario dopo l'affitto, ma anche per gli ulteriori rapporti di lavoro che sono stati costituiti dall'affittuario durante l'affitto.

Quest'ultima ipotesi pone il problema -che esamineremo- di eventuali assunzioni di lavoratori che la società affittuaria ponesse in essere nel corso del contratto d'affitto.

Per il fallimento, la legge fallimentare (art. 104-*bis*, ult. co., l. 267/1942) prevede che *“la retrocessione al fallimento di aziende, o rami d'azienda, non comporta la responsabilità- della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli artt. 2112 e 2560 c.c.”*.

La norma fa riferimento soltanto ai *“debiti maturati”* e nulla dice sulla sorte dei rapporti di lavoro. Trattandosi di norma speciale, che detta una regola che deroga alla regola generale, deve essere interpretata restrittivamente (art. 14 prel.) e quindi non sembrerebbe possa affermarsi che la regola valga oltre che per i debiti pregressi anche per la non continuazione dei rapporti di lavoro. D'altra parte, mentre la responsabilità per debiti aggraverebbe la posizione dei creditori, la retrocessione dell'azienda, ivi compresa la sua forza lavoro, ripristina semplicemente il patrimonio della massa e quindi tutela i creditori.

In ogni caso, la legge fallimentare nel disciplinare il concordato preventivo con cessione dei beni ed in particolare la sua omologazione e la cessione dei beni (art. 182 e ss. l. 267/1942) lo fa richiamando una serie di norme dettate per il fallimento, tra le quali gli artt. 105 – 108 *ter*, ma non l'art. 104 *bis* cit. Da ciò si trarrebbe la conclusione che tale norma non sia applicabile al concordato preventivo con cessione dei beni.

Ammesso e non concesso che possa affermarsi che la regola dettata dall'art. 104 *bis*, ult. co., l. 267/1942 sia una regola generale valevole per le altre procedure concorsuali -e, quindi, oltre che per il fallimento, anche per la liquidazione coatta amministrativa e per l'amministrazione straordinaria-, cosa alquanto dubbia, non sembra possa affermarsi che sia valevole anche per il concordato preventivo con cessione dei beni, in quanto il concordato preventivo ha natura totalmente diversa dal fallimento.

In conclusione, sembra che le regole legali ordinarie e speciali prevedano che, in caso di retrocessione alla procedura concordataria dell'azienda affittata, i rapporti di lavoro in essere al momento della retrocessione, cioè tutti i rapporti non tempestivamente e validamente risolti prima della retrocessione, continuino con la procedura concordataria, la quale risponderà anche dei debiti nei confronti dei predetti lavoratori maturati durante il contratto d'affitto.

Di tutto ciò pare che non vi sia - ad oggi - nessun recente precedente giurisprudenziale consolidato, che possa corroborare (o smentire) la tesi esposta.

La possibile deroga tramite la normalità giuslavoristica sull'accordo collettivo

In coda alle questioni sopraesposte, è ragionevole chiedersi se sussistano altre regole legali che consentano -e, se sì, come- di derogare alle citate regole legali.

La legge (47, co. 5, l. 428/1990, come modificato dall'art. 19 *quater*, co. 1, lett. b, d.l. 135/2009, conv. con mod. in l. 166/2009) prevede che, in caso di “*concordato preventivo con cessione di beni ... omologa[to] ... , nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi [n.d.r.: procedura preventiva di consultazione sindacale] sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente **non trova applicazione l'art. 2112 c.c.**, salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante”.*

La soprarichiamata norma dovrebbe riguardare non solo il caso di cessione d'azienda, ma anche di suo affitto, perché il co. 1 del cit. art. 47 fa riferimento al “*trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c.*”, il quale, a sua volta, fa riferimento non solo alla cessione, ma anche all'affitto d'azienda, sia perché il co. 6 del cit. art. 47 nel disciplinare i diritti dei dipendenti che restano alle dipendenze della procedura, fa riferimento espresso anche all'affitto d'azienda.

Come già detto, la dottrina e la giurisprudenza ritengono che, quanto ai rapporti di lavoro, in caso di retrocessione dell'azienda dall'affittuario all'affittante si applichino le medesime regole che si applicano in caso di affitto d'azienda dall'affittante all'affittuario.

Conseguentemente, si dovrebbe concludere che **sia possibile** la stipula di un accordo sindacale che, in caso di retrocessione dell'azienda dall'affittuario all'affittante, sia alla scadenza naturale dell'affitto, sia anticipatamente in caso di inadempimento, i dipendenti in forza all'affittuario “*continuino a rimanere ... alle dipendenze*” dell'affittuario retrocedente. Ciò perché, in tal caso, detto personale dovrebbe essere considerato “*personale eccedentario*”, in quanto:

- spesso la procedura concordataria affitta l'azienda senza dipendenti - avendoli licenziati mesi prima dell'affitto
- si tratta di procedura liquidatoria vincolata dal piano concordatario approvato dai creditori ed omologato dal Tribunale.

Anche di tutto ciò pare che non vi sia – ad oggi - nessun recente precedente giurisprudenziale consolidato, che possa corroborare (o smentire) la tesi esposta.

I punti “oscuri” della normativa giuslavoristica

il concetto di collettività e l'individuazione dei lavoratori

Inoltre ancora, c'è da chiedersi quale sarebbe il valore di tale accordo sindacale.

La giurisprudenza presuppone che l'accordo sindacale di cui all'art. 47, co. 5, l. 428/1990 sia vincolante per tutti i dipendenti.

La ragione di quanto sopra dovrebbe risiedere nel fatto che la legge (art. 47, co. 1, l. cit.) prevede che la procedura di consultazione sindacale preventiva alla cessione/affitto d'azienda sia instaurata nei confronti delle

“rappresentanze sindacali unitarie [n.d.r.: quelle elette a sensi dell’accordo interconfederale], ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali [n.d.r.: quelle nominate a sensi dell’art. 19 l. 300/1970 dai Sindacati firmatari di contratti collettivi che si applicano in azienda o che hanno condotto le relative trattative pur non avendo sottoscritto i contratti collettivi –sentenza Corte cost. 231/2013–], nonché ai sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato” o, in mancanza, *“nei confronti dei sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi”*; soggetti sindacali che la legge individua quali idonei alla tutela degli interessi della collettività di lavoratori che spesso sono individuabili nominativamente.

Attenzione però, nell’ipotesi di retrocessione dall’affittuario all’affittante di azienda precedentemente affittata senza dipendenti, nell’ipotesi in cui l’accordo sindacale fosse stipulato antecedentemente all’assunzione dei dipendenti da parte dell’affittuario poi retrocedente, mancherebbe la collettività dei lavoratori e/o il gruppo di lavoratori individuabili nominativamente –al momento della conclusione dell’accordo-. Nell’ipotesi in cui l’accordo sindacale fosse stipulato posteriormente all’assunzione soltanto di una parte dei dipendenti, mancherebbe la collettività dei lavoratori e/o il gruppo di lavoratori individuabili nominativamente assunti posteriormente all’accordo sindacale.

Conseguentemente, si dovrebbe concludere che l’accordo sindacale non dovrebbe essere vincolante per i dipendenti dell’affittuario assunti posteriormente alla sua stipula.

[gli interlocutori](#)

Inoltre, si porrebbe il seguente problema: con quali sindacati stipulare tale accordo sindacale: le RSU, le RSA, i sindacati firmatari del contratto collettivo applicato, o i sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi.

Sul tema si sottolinea che l’art. 47 l. 428/1990 statuisce che quando si intende effettuare, ai sensi dell’articolo 2112 c.c., un trasferimento d’azienda in cui sono occupati più di quindici lavoratori, l’alienante e l’acquirente devono darne comunicazione per iscritto, almeno venticinque giorni prima, **alle rispettive rappresentanze sindacali costituite**, a norma di legge, nelle unità produttive interessate, **nonché alle rispettive associazioni di categoria**. In mancanza delle predette rappresentanze aziendali, la comunicazione deve essere effettuata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. La comunicazione alle associazioni di categoria può essere effettuata per il tramite dell’associazione sindacale alla quale aderiscono o conferiscono mandato. Dall’interpretazione letterale della norma parrebbe che la comunicazione e la sottoscrizione dell’accordo spetti alla RSA. In mancanza delle RSA, l’informazione è dovuta alle organizzazioni sindacali di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. La disciplina contenuta nell’art. 47 l. 428/1990 deve considerarsi imperativa anche nell’interesse dei lavoratori addetti all’azienda ceduta e, pertanto, l’omissione della comunicazione alle RSU o RSA ivi prevista comporta l’illegittimità del trasferimento del loro rapporto di lavoro, con conseguente diritto di tali lavoratori ad essere riammessi in servizio presso l’impresa cedente Trib. Milano 3/1/2004, Est. Ianniello.

Si tratta di una regola procedurale che si sviluppa secondo due logiche: con il trasferimento aziendale vi è una cessione *ex lege* di tutti i rapporti di lavoro senza possibilità per i lavoratori di esprimere il proprio consenso o dissenso. A questa estraneità fanno da contrappeso le organizzazioni sindacali che in veste istituzionale, e cioè in

rappresentanza di tutti i dipendenti, svolgono un ruolo di salvaguardia e controllo. Per questo le procedure in collettive sono sempre obbligatorie in presenza di trasferimenti che coinvolgano sia aziende sia in crisi che non. Ciò che caratterizza i trasferimenti in un contesto di crisi è il fatto che, in questa situazione, le organizzazioni sindacali sono investite di un potere di disporre dei diritti individuali dei lavoratori, potere tanto più penetrante quanto più grave è la situazione sottostante.

In conclusione, relativamente alla tematica sopra esposta, pare che già la normativa ponga alcune risposte, e dunque l'assenza di giurisprudenza pacifica e consolidata non costituisce una lacuna particolarmente problematica.

L'ipotesi dell'accordo individuale e della individuale facoltà di “rinuncia”

Altro dubbio è quello se sia possibile derogare alle regole legali “ordinarie” in maniera diversa da quella indicata dalla normativa sugli accordi collettivi, cioè mediante accordo individuale.

La legge (art. 32, co. 4, lett. c, l. 183/2010) prevede che i termini di decadenza previsti “[d]all'[articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604](#), come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche: ... c) alla cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'[articolo 2112 del codice civile](#) con termine decorrente dalla data del trasferimento”. Tale termine decadenziale di 60 giorni dovrebbe applicarsi, oltre che al trasferimento (art. 32, co. 3, lett. c, l. cit.), anche al mancato trasferimento (art. 32, co. 4, lett. d, l. cit., che riguarda “ogni altro caso ... in cui si chieda ... l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare del contratto”). Nel caso di contestazione di mancato trasferimento, il termine decorre dalla conoscenza del fatto che a detta del lavoratore avrebbe dovuto determinare il trasferimento.

Conseguentemente, in caso di trasferimento d'azienda per cessione o affitto, il trasferimento o meno del rapporto di lavoro dei dipendenti, costituisce un diritto disponibile da parte degli stessi, al quale, quindi, gli stessi possono rinunciare.

Sempre per la regola, riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che, quanto ai rapporti di lavoro, in caso di retrocessione dell'azienda dall'affittuario all'affittante si applichino le medesime regole che si applicano in caso di affitto d'azienda dall'affittante all'affittuario, anche in caso di retrocessione dell'azienda dall'affittuario all'affittante il trasferimento o meno del rapporto di lavoro dei dipendenti, costituisce un diritto disponibile da parte degli stessi, al quale, quindi, gli stessi possono rinunciare.

Il problema è stabilire quando il lavoratore possa validamente rinunciare a tale diritto, perché potrebbe sostenersi che il lavoratore vi possa rinunciare soltanto quando tale diritto sia venuto in essere, cioè, nel nostro caso, soltanto dopo la retrocessione dell'azienda dall'affittuario all'affittante.

Altra obiezione potrebbe essere che il mancato trasferimento sancito con l'accordo sindacale di cui all'art. 47, co. 5, l. 428/1990 (collettivo) interviene prima del trasferimento e che, quindi, non si tratta di rinuncia ad un diritto futuro relativo ad un rapporto di lavoro da costituire, ma di regolamentazione della sorte di un rapporto di lavoro da costituire con riferimento alla retrocessione dell'azienda alla quale il rapporto di lavoro inerisce.

Ovviamente, ai fini di tutelare la procedura concordataria, tale accordo derogatorio e/o disciplinante il rapporto di lavoro dovrebbe essere stipulato con ogni lavoratore in forma inimpugnabile e cioè avanti il Giudice del

lavoro, o la Commissione di conciliazione presso la Direzione provinciale del lavoro o in sede di conciliazione sindacale.

Il problema dell'individuazione dei dipendenti

Rimane sempre il problema dell'individuazione dei lavoratori.

Perché, se può essere senz'altro agevole, o comunque non troppo difficoltoso, individuare i lavoratori inizialmente alle dipendenze dell'affittuario (o che l'affittuario intende assumere in fase di *start-up*) e dunque subordinare l'efficacia sia del contratto d'affitto che del preliminare di cessione dell'azienda alla sottoscrizione dei citati accordi, più difficile è cautelarsi per i lavoratori che successivamente venissero assunti. I quali ovviamente, costituiscono un elemento assolutamente ignoto alla procedura concordataria e pongono problemi in caso di retrocessione dell'azienda alla procedura. La norma infatti non si presenta in senso favorevole, per le seguenti ragioni.

Preliminarmente occorre sottolineare che in contratti stipulati tra soggetti *in bonis*, dottrina e giurisprudenza (Cassazione n° 12909/2003) sono concordi nell'affermare che nell'ambito della restituzione dell'azienda alla scadenza dell'affitto si abbia una seconda cessione (retro-cessione) nell'ambito della quale l'originario cedente diviene cessionario. Pertanto, in tale ipotesi, l'originario cedente assume, a sua volta, gli obblighi di mantenimento dell'occupazione derivanti dalla predetta norma anche con riferimento ai lavoratori assunti dall'affittuario.

In ambito concorsuale fallimentare si applica l'art. 104-*bis*, comma 6, l.f. che prevede *la retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II e cioè gli articoli dal 72 al 83-bis l.f.*

Pertanto si ha: i) limitazione della deroga dell'art. 2112 c.c. alla solidarietà dei crediti vantati dai lavoratori nei confronti del cessionario, ma non deroga su continuità rapporto e applicazione CCNL (salva diversa previsione dell'accordo ex art. 47, comma 5, della Legge n. 428/1990); ii) applicazione dell'art. 72 l.f. (rapporti pendenti); iii) non è necessaria la procedura informativa sindacale ex Legge n. 428/1990, perché il trasferimento avviene in senso inverso.

Tuttavia in ambito concordatario la tesi è contraria, in mancanza di norma espressa applicabile, in alternativa dell'art. 104-*bis*, comma 6, l.f., si applicherebbe l'art. 186-*bis*, primo comma, l.f. Tale articolo stabilisce la possibilità del Tribunale di autorizzare il debitore a sciogliersi dai contratti che “siano in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso”. Detta condizione non si verifica nel caso in cui l'azienda risulti già affittata a terzi, in quanto la pendenza del contratto è in quel momento riferibile non all'imprenditore in crisi ma ad un soggetto diverso e così nemmeno per i contratti successivamente stipulati da quest'ultimo in quanto non pendenti al momento del ricorso. A ciò si aggiunga che, per i contratti in corso al momento della presentazione del ricorso il debitore ha già manifestato la propria volontà e sarebbe paradossale riconoscergli la possibilità di ripronunciarsi. In conclusione sembrerebbe che tutti i contratti riferiti all'azienda si ritrasferiscano alla procedura al momento della retrocessione, salvo patto contrario o carattere personale, con impatti molto importanti a fronte dell'impossibilità del debitore di ricorrere all'art. 169-*bis* l.f. (A. Maffei Alberti, Commentario breve alla legge

fallimentare, op.cit., p. 1139 e F. Fimmanò, Contratti d’impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità, op.cit., pp. 2ss).

A corroborare la tesi anzidetta, a presidio della stabilità del rapporto di lavoro in procedura, si evidenzia l’inapplicabilità dell’art. 72 l.f. in ambito concordatario nonché l’esclusione dalla possibilità dello scioglimento/sospensione di cui al 169-*bis* l.f. ai rapporti di lavoro subordinato operante sia in fase di ricorso che nel caso dubbio della loro successiva retrocessione (E. Gragnoli, I rapporti di lavoro subordinato nel concordato con continuità, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, fasc. 3/2014, p.256). Si tratta di un’ulteriore conferma dell’applicazione della norma di diritto comune inerente la naturale prosecuzione in vista della tutela dell’occupazione. Perciò è impedita ogni disciplina derogatoria al 2112 c.c., se non con le garanzie, i tempi e le modalità stabilite dalla legge.

Sul tema di retrocessione in ambito concordatario il Tribunale di Avezzano in data 22 ottobre 2014 così si è pronunciato: *«Ai sensi dell’art. 186-bis L.F., la proposta concordataria e il relativo piano possono dirsi in continuità quando la proponente preveda esplicitamente l’obbligo di acquisto dell’azienda in capo all’affittante. Qualora, infatti, venga previsto un affitto d’azienda fine a se stesso, (ossia senza previsione di cessione e/o acquisto in favore dell’affittante, la cui durata sia superiore alla proposta concordataria, con canone d’affitto in misura fissa e del tutto disancorato dal flusso economico dell’impresa affittante) ciò determina una incolmabile lacuna informativa a detrimento del ceto creditorio che pregiudica la stessa fattibilità giuridica della proposta. Tale pregiudizio si acuisce in assenza di previsione di adeguate garanzie e cautele per il caso di retrocessione dell’azienda».*

In conclusione, pare comunque confermato che – relativamente alla tematica sopra esposta, e in particolare al problema specifico dell’individuazione dei lavoratori – non sussista una giurisprudenza pacifica e consolidata, bensì una normativa i cui principi non possono definirsi favorevoli alla procedura concorsuale destinataria dell’azienda retroceduta.

[Il problema della violazione del diritto di precedenza e gli obblighi risarcitori in capo alla procedura](#)

La legge (art. 47, co. 6, l.428/1990) prevede che *“i lavoratori che non passano alle dipendenze dell’acquirente, dell’affittuario o del subentrante hanno diritto di precedenza nelle assunzioni che questi ultimi effettuino entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero entro il periodo maggiore stabilito dagli accordi collettivi. Nei confronti dei lavoratori predetti, che vengano assunti dall’acquirente, dall’affittuario o dal subentrante in un momento successivo al trasferimento d’azienda, non trova applicazione l’articolo 2112 c.c.”.*

Quindi, nel caso in cui la società affittuaria assumesse i lavoratori entro un anno dal loro licenziamento da parte della procedura concordataria, si porrebbe il problema della scelta da parte della società affittuaria dei dipendenti da assumere, delle regole che la stessa dovrebbe seguire nella loro scelta e delle conseguenze di una scelta errata.

L’inadempimento, analogamente a quello che discende dalla violazione dell’art. 15 l. 264/1949 che prevede la regola generale della prelazione nell’assunzione del lavoratore licenziato, dovrebbe avere soltanto conseguenze risarcitorie nei confronti dell’affittuario ma, in caso di retrocessione, (NB!) le stesse graverebbero sull’affittante retrocessionario.

Ovviamente, il lavoratore licenziato può rinunciare al diritto di prelazione. Quindi, sarebbe opportuno che la transazione fosse stipulata non solo con tutti gli *ex* dipendenti della procedura concordataria, ma che abbia ad oggetto anche il diritto di prelazione.

Ovviamente, la procedura concordataria può astrattamente cautelarsi nei confronti della società affittuaria imponendole dei vincoli e degli obblighi e delle conseguenze economiche per il caso di loro inadempimento, ma la cautela avrebbe soltanto questo effetto –peraltro di dubbia rilevanza economica se l'affittuario (caso – ahimè tutt'altro che infrequente) fosse incapiente-, mentre non avrebbe nessun effetto sui rapporti di lavoro che la società affittuaria stipulasse o non risolvesse tempestivamente e validamente in violazione delle obbligazioni assunte; il che equivale a dire che sussisterebbe la responsabilità della procedura concordataria verso i lavoratori. Quanto detto in merito alla sorte dei rapporti di lavoro -cioè a quanto sia possibile fare onde evitare che, in caso di retrocessione dell'azienda per anticipata risoluzione del contratto d'affitto per inadempimento della società affittuaria, od alla sua naturale scadenza per inadempimento del preliminare di acquisto sempre da parte della medesima società, nel caso in cui la medesima società non abbia tempestivamente e validamente risolto i rapporti di lavoro con i soci lavoratori e/o con i dipendenti in epoca anteriore alla retrocessione dell'azienda, la procedura concordataria succeda nei contratti di lavoro dei citati lavoratori e/o dipendenti- vale anche in merito alla responsabilità patrimoniale della procedura concordataria per eventuali debiti della società affittuaria nei confronti dei lavoratori e/o dipendenti maturati sino alla retrocessione dell'azienda.

Inattuabilità del metodo “Spezzatino”

Ovviamente non sembra sia possibile evitare tutte queste problematiche stipulando, anziché un contratto di affitto d'azienda, un serie di contratti di affitto di beni.

Sia perché la formulazione dell'art. 2112, co. 5, c.c., che individua la fattispecie di trasferimento, in proprietà, in usufrutto o in affitto d'azienda, è tale da ricomprendere ogni fenomeno di successione nella gestione dell'azienda, sia perché, quand'anche senza dipendenti, l'oggetto dei contratti sarebbe comunque un “*compendio aziendale*” idoneo ad essere utilizzato per un'impresa, sia perché non sarebbe difficile provare l'accordo simulatorio dell'utilizzo di diversi contratti utilizzati per realizzare il fine che si vorrebbe eludere.

Conclusioni

In definitiva:

- a) può anche ipotizzarsi la possibilità che possa essere realizzato il risultato richiesto dalla procedura concordataria - certezza di non ritrovarsi in carico dipendenti o anche soltanto debiti verso lavoratori in caso di retrocessione dell'azienda per anticipata risoluzione del contratto d'affitto per inadempimento della società affittuaria od alla sua naturale scadenza per inadempimento del preliminare di acquisto sempre da parte della medesima società -;
- b) è certo che - in merito a tutte le ricostruzioni normative qui prospettate e necessarie alla realizzazione di un risultato tutelante per la procedura concordataria - l'esame della giurisprudenza non ha fornito ad oggi alcun indirizzo preciso, né produzione di sentenze che possa definirsi “soddisfacente” ai fini della risposta alle numerose questioni aperte;
- c) un'eventuale causa potrebbe correre il rischio di esser radicata avanti un Tribunale e eventualmente successivamente avanti la Corte d'appello di una giurisdizione che non è quella della procedura concordataria, ma quella di residenza dell'affittuario, o dei dipendenti;

- d)** conseguentemente, la possibilità che il risultato richiesto o “sperato” dalla procedura concordataria (ovvero quello di azzerare i rischi) possa essere realizzato è condizionato da spetti di estrema perplessità che lo rendono imprevedibile;
- e)** conseguentemente, posto che in questo elaborato sono state rappresentate ed analizzate tutte le possibili evenienze e conseguenze giuridiche ed economiche per la procedura concordataria, la stessa sarà in condizioni di valutare al meglio ogni propria scelta, discutendone opportunamente e anticipatamente col Giudice Delegato.

CAPITOLO V: LE PROCEDURE CONCORSUALI E GLI EFFETTI SUI RAPPORTI DI LAVORO

L'accesso ad una procedura concorsuale non determina sempre ed in automatico la cessazione dell'attività di impresa che, a volte, è proseguita (proprio) per salvaguardare l'interesse dei creditori (proteggendo la produttività aziendale).

Sappiamo che la dichiarazione di fallimento non costituisce “giusta causa” di risoluzione del rapporto di lavoro (cfr. art. 2119 II c cod. civ.) e che l'eventuale licenziamento deve seguire le regole tipiche della normativa lavoristica (e, quindi, della L. 223 del 1991 e della L. 604 del 1966).

Fino a 1° gennaio 2016

Fino al momento dell'abrogazione dell'art. 3 della L. 223 del 1991 (avvenuta con decorrenza dal 1° gennaio 2016) il curatore aveva la possibilità (senza particolari urgenze) di avvalersi della c.d. CIGS concorsuale (pari a 12 mesi prorogabili – che aveva decorrenza dal momento dell'apertura della procedura concorsuale) cui solitamente faceva seguito (senza l'esborso di alcun contributo) la c.d. mobilità ex L. 223/1991 (che aveva anche una riduzione dei termini di durata).

Art. 3 L. 223 del 1991

«Il trattamento straordinario di integrazione salariale è concesso, con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, ai lavoratori delle imprese soggette alla disciplina dell'intervento straordinario di integrazione salariale, nei casi di dichiarazione di fallimento, [di omologazione del concordato preventivo consistente nella cessione dei beni,] di emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, quando sussistano prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione, da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. Il trattamento straordinario di integrazione salariale è altresì concesso nel caso di ammissione al concordato preventivo consistente nella cessione dei beni (...). Il trattamento viene concesso, su domanda del curatore, del liquidatore o del commissario, per un periodo non superiore a dodici mesi»>>.

Era talmente «usuale» quanto sopra che in dottrina sono sorti dibattiti in merito all'esistenza o meno di un obbligo di presentare la domanda di CIGS. Sono state inoltre discusse le caratteristiche di questo istituto poiché appariva significativamente ridotta (esclusa?) la discrezionalità della PA sulla concessione.

Non essendoci infatti più la CIGS concorsuale i rapporti di lavoro sono, dal momento della dichiarazione di fallimento, sospesi a tempo indeterminato (proprio ai sensi dell'art. 72 LF, cfr. Cass. Sez. lav. 30.5.2018, n. 13693 in Giustizia Civile Massimario 2018 - Cass. Sez. lav. 11.1.2018, n. 522 in Diritto e Giustizia 2018, 15 gennaio (con nota di Maura Corrado): “La dichiarazione di fallimento e/o la domanda di concordato preventivo non influiscono sui rapporti di lavoro pendenti alla data della stessa e non possono costituire giusta causa di risoluzione del contratto. Il rapporto di lavoro resta, infatti, sospeso in attesa che gli organi della procedura decidano di proseguire nel rapporto medesimo e di sciogliersi da esso”.

Il rapporto di lavoro quindi rimane sospeso ma il prestatore deve “rimanere a disposizione” della procedura.

La risoluzione del rapporto di lavoro

L'eventuale scelta del commissario di “sciogliersi” dal rapporto va effettuata attraverso le usuali norme lavoristiche sui “licenziamenti” (e, quindi, il licenziamento deve essere fondato).

Licenziamento individuale, plurimo oppure licenziamento collettivo.

Il curatore quindi «non ha più molto tempo» per valutare la convenienza o meno di una eventuale cessazione di azienda (non esiste più la riduzione dei termini originariamente prevista dall'art. 3 della L. 223 del 1991).

In merito ai licenziamenti collettivi sono oggi svolti ai sensi dell'art. 24 della L. 223 del 1991 con la motivazione “cessazione” o “riduzione”.

I licenziamenti devono essere, ovviamente, «fondati».

Oltre a quanto già detto la situazione di «sospensione» determina ulteriori criticità (ad esempio quella relativa alla natura «reale» del preavviso) inerenti il momento dell'efficacia della risoluzione.

In assenza di esercizio provvisorio gli effetti di un licenziamento intimato dopo un periodo di sospensione retroagiranno al momento della dichiarazione di fallimento.

La prededucibilità

La sospensione ex art. 72 LF e lo “scioglimento” con effetto retroattivo pongono anche un tema di “prededucibilità” o meno dei relativi crediti (ad esempio il TFR).

Sul punto esistono due criteri: quello cronologico per il quale sono prededucibili tutti i crediti sorti dopo il deposito della domanda di concordato preventivo e quello “funzionale” (stabilito dall'art. 111 LF “sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali”).

L'art. 111 della LF pare essere chiaro nel ritenere di natura prededucibile tutti i crediti che sorgano in occasione o in funzione della procedura concorsuale.

Tale lettura consente quindi di sostenere che poiché il licenziamento è stato effettuato in “occasione o in funzione” della procedura concorsuale il relativo ticket debba essere considerato in prededuzione.

Questa valutazione può essere fatta sulla base di una considerazione esclusivamente temporale della vicenda così da far gravare sulla massa il credito sorto successivamente al sorgere della procedura concorsuale.

Alcuni autori sostengono -con un ragionamento che, in fondo, pare condivisibile- che se i rapporti di lavoro al momento della data del fallimento rimangono sospesi ex art. 72 LF e successivamente i prestatori vengono licenziati (senza soluzione di continuità) l'atto risolutivo assume valore retroattivo alla data del fallimento.

Conseguentemente il recesso avverrebbe al di fuori delle procedure previste dall'art. 111 LF escludendo quindi la natura prededucibile del credito.

Conclusivamente secondo tali autori il contributo N.A.S.P.I. (cioè il ticket licenziamento) potrà essere ammesso al passivo con riconoscimento del privilegio ex art. 2754 del codice civile e collocazione al n. 8 ex art. 2778 del codice civile.

Secondo altri invece anche in questi casi il credito avrebbe natura prededucibile in virtù del fatto che comunque il licenziamento è avvenuto in “occasione” del fallimento.

[Il sostegno al reddito del personale](#)

Fino al 2012 il commissario aveva la possibilità – come detto – di effettuare una attenta valutazione sulle effettive possibilità di cessione dell’azienda in virtù della normativa allora esistente sugli ammortizzatori sociali.

Ed infatti, la domanda di CIGS concorsuale doveva essere proposta dal commissario, dal liquidatore giudiziale o dal curatore “per un periodo non superiore a dodici mesi” (prorogabile). In passato quindi per le procedure concorsuali esisteva un «canale» che consentiva la richiesta del trattamento di integrazione salariale indipendentemente da programmi di risanamento, dalla ripresa dell’attività o dal mantenimento dei livelli occupazionali.

[Le integrazioni salariali e gli organi delle procedure](#)

Solitamente gli organi della procedura aderivano alle richieste delle OOSS di attivare un percorso di CIGS concorsuale per una serie di ragioni tra le quali:

- (a) l’attenuazione dell’impatto sociale rappresentato dalla procedura concorsuale (ovvero dalla mobilità), (b) l’assenza di costi per la procedura (esenzione dal c.d. contributo di ingresso) e
- (c) il pagamento diretto da parte dell’INPS.

L’ultimo periodo del comma 3, dell’art. 3 della L. 223/91 disponeva che “*il Curatore, il liquidatore o il commissario hanno facoltà di collocare in mobilità, ai sensi dell’art. 4 ovvero dell’art. 24, i lavoratori eccedenti. In tali casi il termine di cui all’articolo 4, comma 6, è ridotto di trenta giorni. Il contributo a carico dell’impresa previsto dall’art. 5, comma 4 (contributo di mobilità), non è dovuto*”. A decorrere dal 01/01/2017 anche le società in procedura concorsuale sono tenute a versare il contributo NASPI.

[L’affitto prima dell’accesso alla procedura concorsuale](#)

Lo schema tipico delle operazioni straordinarie era quello di stipulare un contratto di affitto di azienda (o di un suo ramo) prima o contestualmente al deposito della domanda di concordato; spesso il contratto di affitto prevedeva una offerta irrevocabile di acquisto che si perfezionava post omologa (e all’esito delle procedure di consultazione sindacale di cui all’art. 47 L. 428/1990).

In tale contesto la possibilità di godere della CIGS concorsuale di 12 mesi decorrenti dal momento del deposito della domanda di concordato consentiva di avere il tempo necessario per effettuare le trattative sindacali/individuali del caso e di preservare il patrimonio e il *know-how* dell’azienda (o di un suo ramo) al fine della successiva cessione. Il Ministero del Lavoro aveva precisato che l’impresa interessata da una procedura concorsuale con prosecuzione anche parziale dell’attività poteva richiedere il trattamento straordinario di integrazione salariale, ai sensi dell’art. 3, c. 1, legge n. 223/1991 (c.d. Cigs concorsuale), anche in un momento successivo alla data di ammissione o sottoposizione ad una delle procedure ivi previste (Ministero del Lavoro - Circolare 2 marzo 2015, n. 4).

La prassi soprattutto su Brescia porta a dire che nonostante la vocazione liquidatoria delle procedure concorsuali il Ministero riconoscesse “quasi” automaticamente l’integrazione salariale (di 12 mesi), manifestando invece maggiore discrezionalità nei casi di proroga (6 mesi).

La CIGS era un ausilio importante seppur con spiccate caratteristiche assistenziali. Secondo alcuni, tale utilizzo “indiscriminato” ha comportato l’accesso (“quasi obbligato” – soprattutto nel confronto sindacale) della CIGS in tutti i casi (ad esempio) di fallimento (anche quando non era oggettivamente possibile prevedere una ripresa/cessione dell’attività). Secondo gli esperti tale sistema non ha “stimolato la ricerca di nuova occupazione” cagionando un danno (proprio) ai lavoratori (ed infatti il prof. Ichino sostiene che lunghi periodi di disoccupazione rendano più difficile la ricollocazione).

[La Riforma Fornero](#)

In tale contesto la Riforma era intervenuta (con L. 92/2012) per “riportare” l’istituto ad un utilizzo in situazioni di incerta ma ancora possibile ripresa dell’attività, eliminando la causale dalle «procedure concorsuali». La L. 92/2012 consentiva infatti la proroga della CIGS nel caso vi fossero prospettive di ricollocazione dei lavoratori.

La L. 92 ha quindi tentato di riportare la CIGS alla propria originaria finalità inserendo come detto il concetto di “prospettive di continuazione o di ripresa dell’attività e di salvaguardia, anche parziale dell’occupazione”. La novità era rappresentata dal fatto che l’apprezzamento circa la rispondenza dei criteri e dei parametri oggettivi sulle prospettive di conservazione dell’attività produttiva e dell’occupazione non era rimesso al curatore o al commissario ma a elementi indicati dal D.M. 4.12.2012 (adozione di misure volte alla prosecuzione dell’attività; sussistenza di manifestazioni di interesse di terzi all’acquisto anche parziale dell’azienda; al raggiungimento di intese a livello governativo o regionale finalizzate a soluzione operative idonee alla prosecuzione dell’attività, anche tramite cessione; stipulazione di accordi con terzi per distacchi o somministrazione; approntamento di piani di ricollocazione e riqualificazione professionale).

In tale contesto mutava quindi l’approccio alla CIGS che, anche in seno al Ministero, doveva essere corredata da una serie di documenti comprovanti la continuazione dell’attività con una maggiore verifica da parte appunto del Ministero prima dell’autorizzazione.

Tale sistema è stato in vigore fino al 31.12.2015 (dall’11.9.2012 – data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto sviluppo).

Le CIGS domandate prima del 31.12.2015 continuano a produrre effetti e le procedure a godere dell’esonero dal versamento del contributo.

[La disciplina di cui al D. Lgs. 148/2015](#)

Il D. Lgs. 148/2015 (in vigore dal 24.9.2015) ha riformato, come sappiamo, gli ammortizzatori sociali abrogando le precedenti norme e costituendo un unico corpus normativo. Con tale norma è mutato in modo sostanziale il panorama degli ammortizzatori sociali nel caso di crisi dell’impresa; pertanto anche le procedure concorsuali devono rientrare in una delle causali previste dal D.Lgs. 148/2015 (cfr. art. 21 comma 1):

(a) riorganizzazione aziendale;

- (b) crisi aziendale (ad eccezione dei casi di cessazione dell'attività produttiva dell'azienda o di un ramo di essa);
- (c) contratto di solidarietà.

Con tale decreto viene infatti stabilita l'esclusione, tra i beneficiari della CIGS, dei soggetti per i quali si sia verificata la cessazione dell'attività produttiva dell'azienda o di un suo ramo con una sola eccezione: *“qualora all'esito del programma di crisi aziendale l'impresa cessi l'attività produttiva e sussistano concrete prospettive di rapida cessazione dell'azienda e di un conseguente riassorbimento occupazionale”*.

Durata di 12 mesi per il 2016, 9 per il 2017 e 6 per il 2018.

Con Decreto Ministeriale del 13.1.2016 (n. 94033) il Ministero ha fornito i criteri per l'approvazione della CIGS secondo le causali dell'art. 21 del D.Lgs. 148/2015. Per quanto riguarda la causale “crisi aziendale” il Ministero ha stabilito che per ottenere l'approvazione il programma di crisi aziendale deve prevedere:

1. l'andamento negativo o involutivo nel biennio precedente, corredato da una relazione tecnica sui motivi della crisi economico-finanziaria;
2. il ridimensionamento o la stabilità dell'organico aziendale nel biennio precedente (assenza di nuove assunzioni soprattutto agevolate);
3. un piano di risanamento per fronteggiare gli squilibri;

Tale programma deve consentire la continuazione dell'attività e la salvaguardia anche parziale dell'occupazione (con previsione, al termine della CIGS, di un piano degli eventuali esuberanti).

Per l'approvazione del piano devono essere presenti tutti i requisiti di cui sopra.

Vedasi Circolare n. 1 del 22.1.2016 Circolare n. 24 del 26.7.2016

Al riguardo, per la concessione del trattamento di CIGS devono sussistere i seguenti requisiti:

1. autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa da parte del giudice delegato o dell'autorità che esercita il controllo, al fine di salvaguardare il complesso aziendale e per favorire la cessione dell'attività;
2. indicazione, nel programma di liquidazione o nel piano concordatario, delle concrete ragioni in base alle quali appare probabile la cessione unitaria dell'azienda (o di singoli rami) in tempi compatibili con il godimento del trattamento di CIGS per crisi;
3. l'approvazione da parte del comitato dei creditori della valutazione sulle probabilità di cessione espresse dal curatore.

Sussistendo le predette condizioni, qualora l'impresa sottoposta a fallimento presenti un programma di crisi aziendale ove il piano di risanamento sia volto alla concreta e rapida cessione dell'azienda o di parte di essa e al trasferimento dei lavoratori, la stessa può essere ammessa al trattamento di CIGS.

La CIGS può essere concessa, come detto, anche nell'ambito del concordato con continuità aziendale, il cui piano preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore o la cessione dell'azienda o il suo conferimento in una o più società anche di nuova costituzione.

In tal caso è necessario che l'impresa presenti un programma di crisi aziendale volto alla cessione dell'azienda (o di parte di essa) e al trasferimento dei lavoratori e che il concordato sia omologato.

Nelle suddette ipotesi, il programma di liquidazione o il piano di concordatario vanno articolati in modo da garantire – nel periodo di fruizione della CIGS per crisi aziendale per 12 mesi – la salvaguardia dei livelli

occupazionali e la continuazione in tutto o in parte dell'attività, anche se svolta da soggetto terzo e diverso rispetto al richiedente l'intervento di CIGS. In buona sostanza, la CIGS quindi è concessa se vi è “continuazione dell'attività”.